



PROGRAMA DOCTORADO
Cuestiones Actuales del Derecho
Facultad de Ciencias Jurídicas

Trabajo de investigación realizado en el curso
Acompañamiento académico para la investigación

**RÉGIMEN JURÍDICO EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL
DE MENORES EN EL PROCESO DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL
DE LA NIÑEZ EN NICARAGUA**

Autor(a): MARÍA JOSÉ ARÁUZ HENRÍQUEZ

Tutor Académico: DR. GERMÁN OROZCO GADEA

Agosto, 2016

UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

Programa de Doctorado “Cuestiones actuales del Derecho II Edición”



**RÉGIMEN JURÍDICO EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES EN EL PROCESO DE
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE LA NIÑEZ EN
NICARAGUA**

Artículo de investigación presentado por:
MARÍA JOSÉ ARÁUZ HENRÍQUEZ

2016

UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
Programa de Doctorado “Cuestiones actuales del Derecho”



**RÉGIMEN JURÍDICO EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN
INTERNACIONAL DE MENORES EN EL PROCESO DE
RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE LA NIÑEZ EN
NICARAGUA**

Artículo de investigación presentado por:
MARÌA JOSÈ ARÀUZ HENRÌQUEZ

Tutor académico:
DR. GERMAN OROZCO

Managua, Nicaragua, 12 de Septiembre 2016



DOCTORADO

Cuestiones Actuales del Derecho



ACTA DE APROBACIÓN

El suscrito tutor hace constar:

Que la doctorando María José Aráuz Henríquez, con carnet número 89028523, ha elaborado su artículo de investigación o paper, de conformidad con lo estipulado en la "Normativa para la elaboración del trabajo de investigación", tanto en las consideraciones técnicas y en cuanto al fondo del tema, así como la estructura y metodología al tenor de los arts. 10, 11, 12, 13, 14, 15, de dicha normativa.

Por lo tanto, al criterio de este tutor, el presente artículo de investigación, reúne los requisitos de fondo y forma que permite a la Coordinación de Posgrados y Formación Continua proceder a su respectiva revisión normativa, como requisito previo a la programación de su defensa.

Dado en la ciudad de Managua, a los veintitrés del mes de febrero del año 2016

Dr. German Orozco Gadea

Profesor Asociado de Derecho civil Universidad Centroamericana (UCA)

RESUMEN

La Sustracción Internacional de menores, se encuentra regulado en el Convenio de la Haya de 1980, de la que Nicaragua es país suscriptor. En la estructura del Convenio se establece la normativa macro a seguir para que cada Estado firmante las adapte a su ordenamiento interno. Además presenta como finalidad la protección al derecho de custodia y de visitas que es violentado con respecto a uno de los progenitores por la persona que sustrajo al niño, niña y adolescente del lugar de residencia habitual. El Código de Familia, regula la sustracción internacional de manera general y remite a los convenios internacionales. Se demuestra con este trabajo la existencia de más normativas que tienen que ser tomadas en consideración tanto en el derecho interno como en el plano internacional. Se estudiaron las autoridades competentes, las excepciones y la tendencia de estas en el plano nacional como internacional, mediante estudios de casos y lecturas de jurisprudencia internacional. Se dio a conocer el procedimiento administrativo ante la autoridad central y el procedimiento judicial así como las prácticas que hay que seguir para garantizar una correcta aplicación del Convenio de Sustracción; en la investigación se ha encontrado problemas de interpretación de las normas, por la pluralidad de leyes que confluyen en estos casos y que de manera obligatoria tienen que ser analizadas, al igual que el régimen jurídico relativo a la sustracción internacional del país de residencia habitual. Este análisis se debe de dar especialmente cuando se oponen a la solicitud de restitución inmediata del niño, niña o adolescente, haciendo uso de las excepciones especiales que para tal efecto establece el Convenio de La Haya de 1980, entre ellas tenemos; que no ejercía el derecho de forma efectiva el derecho de custodia al momento de la sustracción internacional, que el niño o niña en su expresión ante la autoridad judicial o psicólogo expresa no querer regresar, lo que deberá ser valorado tomando en consideración su grado de madurez y la edad, la otra excepción es invocar el grave riesgo en la integridad física, psicológica y situación intolerable para el niño o niña en caso de que regrese al lugar de residencia habitual., y la última excepción es cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido. Según ponencia del Dr. Ignacio Goicoechea, en la

conferencia dada sobre los conceptos claves del convenio de 1980, establece que la interpretación que se debe de dar al contenido del convenio en mención es restrictiva, posición que mantiene la jurisprudencia de Argentina y así lo indica el informe Perez Vera, en relación a la interpretación del Convenio. En este trabajo se pretende establecer una guía del régimen jurídico aplicable y la necesidad de regular las particularidades que caracterizan este tipo de procesos en procura de respetar los derechos del niño, niña y adolescente.

PALABRAS CLAVE

Restitución internacional de menores, régimen jurídico, sustracción internacional, excepciones.

ABSTRACT

The Hague Convention of 1980, which Nicaragua is a signatory country, governs the International Child Abduction. In the structure of the Convention establishes rules to follow macro for each signatory State's suits its national law. It also features intended to protect the rights of custody and visitation that is violated with respect to one parent by the individual who abducted the child and adolescent the place of habitual residence. The Family Code regulates the international abduction and refers generally to international agreements. This work demonstrated the existence of more regulations that have to be taken into consideration both domestic law and international level. The competent authorities, exceptions and the tendency of these nationally and internationally, through case studies and readings of international jurisprudence were studied. It unveiled the administrative procedure before the central authority and the judicial procedure and practices to be followed to ensure proper application of Abduction Convention; research has found problems of interpretation of the rules,

by the plurality of laws that come together in these cases and that obligatorily have to be analyzed, as well as the legal regime on the international abduction of the country of habitual residence. This analysis should give especially when they oppose the request for immediate return of the child or adolescent, making use of special exceptions to that effect establishes the Hague Convention of 1980, among them are; who did not exercise the right effectively custody rights at the time of the international abduction, the child in his speech before the judicial authority or psychologist expressed desire not to return, which should be evaluated taking into account their degree of maturity and age, the other exception is invoked serious risk to the physical, psychological and intolerable for the child if you return to the place of habitual residence standing integrity., and the last exception is when not permitted by the basic principles the requested State. According to Dr. Ignacio Goicoechea presentation at the conference given on the key concepts of the 1980 Convention provides that the interpretation should be given to the content of the agreement in question is restrictive position that keeps the jurisprudence of Argentina and the advice the Perez Vera report regarding the interpretation of the Convention. This paper aims to establish a guide to the applicable legal framework and the need to regulate the peculiarities that characterize these processes in an attempt to respect the rights of the child and adolescent.

KEYWORDS

International Return of Children, Legal System. International abduction, Exceptions

TABLA DE CONTENIDO

Introducción. Antecedentes. I. Conceptos generales, relativos a la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes. 1.1. *Generalidades.* 1.2. *Sustracción internacional de menores.* 1.3. *Residencia Habitual.* 1.4. *Derecho de Custodia.* 1.5. *Derecho de visita.* **2. Estructura del Convenio de La Haya de 1980.** 2.1. *Finalidad del convenio* 2.2. *Procedimiento de la solicitud de restitución internacional.* 2.3. *Autoridades competentes que intervienen en la sustracción internacional.* 2.3.1. *Autoridad Central.* 2.3.2. *Autoridad Judicial.* 2.3.3. *Juez de enlace.* 2.4.- *De las excepciones.* 2.4.1. *Adaptación al nuevo ambiente.* 2.4.2. *Cuando no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia.* 2.4.3. *Grave riesgo de que la restitución del menor afecte su integridad física y psicológica.* 2.4.4. *Oposición del niño, niña o adolescente.* 2.4.5. *Cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado Requerido.* **3.- Régimen Jurídico nacional e internacional relacionado con sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes en Nicaragua.** 3.1. *La Convención Interamericana para la Restitución Internacional de menores.* 3.2. *Convención internacional sobre los derechos del niño.* 3.3. *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. Cedaw.* 3.4. *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer. Belén do Pará.* 3.5. *Constitución Política.* 3.6. *Código de Familia.* 3.7. *Código de la Niñez y Adolescencia.* 3.8. *Protocolo de actuaciones para la aplicación del convenio de sustracción internacional.* **4. El Procedimiento de Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes en Nicaragua.** 4.1. *Procedimiento Administrativo (Autoridad Central).* 4.2. *Procedimiento Judicial.* 4.2.1 *Particularidades del proceso.* 4.2.2. *De las medidas provisionales.* 4.2.3. *De la forma de dar tramites a las excepciones.* 4.2.4. *De la sentencia y las coordinaciones para la ejecución.* **Resultados y aportes. Lista de referencias.**

INTRODUCCIÓN

Este artículo que desarrolla el régimen jurídico de la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes, se estructura a partir de la deficiencia que existe en la correcta aplicación e interpretación en la pluralidad de normas que se deben de considerar tanto internas como internacionales relacionadas a este tema. El Convenio de sustracción internacional, protege el derecho de custodia y derecho de visita, pero además establece conceptos novedosos en el ámbito jurídico que pocos conocen en la práctica, crea excepciones cuando no procede dar lugar a la restitución internacional de una niña, niño o adolescente sustraído por uno de sus progenitores o cualquier otra persona y oponiendo cualquiera de las excepciones que contempla el Convenio. La implementación de este convenio implica la responsabilidad de las autoridades administrativas y judiciales en la coordinación y comunicación internacional de actividades entre sí y con funcionarios de otros países. Cabe destacar que Nicaragua no tiene regulado de manera específica las particularidades de la sustracción internacional, ni las particularidades que se pueden dar en el desarrollo del juicio.

El tema desarrollado tiene relevancia en la medida que nos orienta de forma analítica cómo Nicaragua ha venido avanzando en la materia, con la creación de un protocolo que da respuesta a la necesidad de solucionar los conflictos de sustracción internacional de menores de edad, pero también se señala cuáles son las vicisitudes en el proceso de restitución y se muestra la aplicación del régimen jurídico actual, así mismo indicamos la necesidad que hay de reformar el artículo 20 de Código de Familia que contempla la ley 870, porque en su contenido se denota una connotación de resguardo a la nacionalidad de nuestros niños, niñas y adolescentes, no así a la finalidad del convenio de la Haya de 1980, que es el retorno inmediato de estos, al lugar de residencia habitual no importando su nacionalidad, sino en resguardo del derecho de custodia garantizando el *status quo* del menor de edad al lugar de residencia habitual.

Es importante también señalar la tendencia en la oposición de las excepciones, garantizar ante todo la participación y defensa del niño, niña y adolescente y resguardar sus derechos ante este tipo de conflictos. Dentro de este contexto no podemos soslayar que la excepción de grave riesgo establecida en el artículo 13 del Convenio está siendo invocada con mayor frecuencia relacionada con el tema de la violencia doméstica o intrafamiliar lo que conlleva a las autoridades nicaragüenses tomar en consideración esta motivación para cumplir tanto instrumentos internacionales como nacionales en ambos temas, el de sustracción internacional y el de violencia intrafamiliar, interpretando de forma sistemática las normativas, los principios y los convenios internacionales.

En esta materia se ha avanzado con la capacitación general a funcionarios de ambas autoridades, con la existencia de un documento que nos guía protocolo de aplicación en materia de sustracción internacional, con registros tanto de expedientes administrativos y judiciales, con la conformación de una comisión interdisciplinaria compuesta por la autoridad central, poder judicial y defensoría pública así, se ha logrado observar en algunos casos una aplicación muy objetiva del convenio de la Haya de 1980, independientemente al hecho de que se dé lugar o no a la restitución y nos ha servido para tener resultados de estadísticas como país para medir el tiempo del proceso y la aplicación del Convenio.

Como un aspecto a mejorar debemos señalar que las autoridades judiciales así como los abogados no han hecho uso de la correcta aplicación y ventajas que ofrecen las comunicaciones judiciales directas, tema que es fundamental considerando las características de cooperación internacional que se le ha dado al convenio y que es necesaria para lograr la efectividad del mismo.

Con este documento se pretende dar a conocer los conceptos generales propios en este tema de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes, el régimen jurídico aplicable de normas nacionales como internacionales, el comportamiento nacional e internacional respecto de la motivación de las excepciones; así como hacer ver las

particularidades del proceso de restitución internacional, que servirán de base o de guía tanto a autoridades relacionadas como a los particulares que requieran profundizar en el tema.

Es importante resaltar que en Nicaragua no existen artículos en relación a este tema, y existe poco conocimiento en la práctica jurídica por parte de los operadores de justicia; en consecuencia, este trabajo constituye uno de los primeros artículos escritos sobre el tema y que muestra una idea panorámica de la situación actual de la sustracción internacional en Nicaragua.

La investigación es de corte descriptivo y documental de tipo cualitativa, el método que utilice es de revisión bibliográfica, nacional e internacionales, leyes, artículos de revistas científicas, análisis de datos estadísticos, así como el estudio del desarrollo de los casos que se han llevado en Nicaragua.

Antecedentes

La familia ha venido cambiando conforme ha evolucionado la sociedad y en la medida que ha sido necesario la ampliación en esfera económica, social y cultural la apertura a nuevos caminos, ha provocado la emigración de personas a países distintos del de origen. Este fenómeno, se acrecentó con políticas de apertura que existen en comercio o tránsito en diferentes países en América Latina, tal a como lo describen Durand y Schiavon (2010), “La migración intrarregional en América Latina se ha facilitado notablemente por la liberación económica del Mercosur, la comunidad Andina, tratados de libre comercio... En Centro América permite el libre tránsito entre Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala” (p.1). Igual abordaje hacen con el tema específico de la sustracción internacional, Pino y Quiroz (2015), cuando establecen causales que recaen en las familias mixtas cuando afirman: “Relaciones de personas de diversas nacionalidades, mayor facilidad de disolver el vínculo matrimonial, globalización de las relaciones laborales” (P.13). Esta apertura en las fronteras a nivel latinoamericano y la no existencia de las mismas en la Unión Europea, ha dado como resultado que el derecho de familia trascienda las fronteras de la nacionalidad, la cultura y de los patrones comunes que teníamos como familia, derivando como características la multiculturalidad en las familias.

La multiculturalidad en que la familia se desarrolla ha traspasado las fronteras y a esto se le adiciona la migración laboral que se da por causas de mega proyectos, en las que se trabaja con personas de diferentes nacionalidades por largo plazo, lo que genera también la constitución de familias mixtas de distintas nacionalidades.

La transformación de la forma en que se constituye la familia con el fenómeno social, económico y migratorio, origina problemas familiares derivados de la filiación en cuanto a la autoridad parental o bien responsabilidades parentales que deben de ejercer los progenitores en relación a sus hijos, generando en muchas ocasiones dificultades culturales en la forma de crianza de los hijos e hijas, la que

muchas veces obedece a la estructura patriarcal, difiriendo de las tendencias modernas derivadas de los derechos reconocidos a los menores de edad en la convención internacional sobre los derechos del niño.

Las relaciones que nacen entre los progenitores y los hijos e hijas, también se ven envueltos en los cambios de paradigmas en la que la familia transita actualmente. De tal manera que los niños y niñas no se pueden tratar como objeto susceptible de protección del Estado y sus progenitores, sino como persona con derechos y obligaciones, siendo obligación de los padres el acompañamiento y apoyo adecuado para que estos desarrollen de forma integral sus competencias, cambiando la forma vertical de dirigir y cuidar a los hijos e hijas, para darle a estos el reconocimiento y respeto de la dignidad persona en progresiva autonomía, tal a como lo establece de forma clara el art. 5 de la convención sobre los derechos del niño, pasando entonces la persona menor de edad a ser visto como otro igual, sujeto de derechos y obligaciones de acuerdo a su edad. En este sentido López (2005) afirma: “Para que el hombre pueda caminar hacia su plenitud ha de ser ayudado por los demás, lo que requerirá que estos acepten ese desarrollo y respeten el ejercicio de los medios y las facultades necesarios para ese fin.”(p. 151).

La ideología cultural y la falta del reconocimiento de la dignidad de la persona del niño o niña dentro de la familia, genera uno de los factores que inciden en el hecho de la sustracción internacional de la persona menor de edad del lugar de residencia habitual cuando en la familia hay conflictos, ya que la decisión de sustraer es tomada de forma unilateral por el progenitor sustractor sin tomar en consideración en primer lugar la opinión o criterio del niño o niña y el del otro progenitor. De tal manera que las causas que originan la sustracción internacional son muchas y confluyen en la materialización del traslado ilícito o bien la retención ilícita del niño o niña en otro país que no es de su residencia habitual, la persona que planifica y ejecuta la sustracción, busca siempre como retornar al lugar en donde considera tendrá el apoyo legal y social, necesario para poder obtener la legalización de un hecho ilícito con el transcurrir del tiempo. Así Pino y Quiroz (2015) afirman: “... el nacionalismo judicial entendido como causa de la inadecuada solución de casos de

sustracción internacional, al confiar el sustractor en un amparo legal y judicial del Estado de refugio, a la situación de hecho provocada”. (p.12).

La sustracción internacional se encuentra regulada en el convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, del 25 de octubre del año de 1980. Nicaragua se adhiere por Decreto No. 54-2000, publicado en la Gaceta Diario Oficial No. 113, del 15 de junio del 2000. Aprobado por Nicaragua mediante Decreto No. 81-2000., publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 171 del 8 de septiembre del 2000. Proceso de adhesión y aprobación que cumple los requisitos establecidos en el artículo 138 numeral 11 de la Constitución Política nicaragüense. Para los efectos de este artículo se relacionará dicho instrumento como convenio de La Haya de 1980. Relativo a estas circunstancias, también se hizo necesario que como continente se buscara una respuesta en materia de sustracción internacional de menores, se trabajó la Convención Interamericana para la Restitución Internacional de Menores, Nicaragua se adhiere a esta mediante decreto No. 58-2002, publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 118 del 25 de junio del 2002, y su aprobación se dio mediante decreto Asamblea Nacional No. 3509 del 20 de Marzo del 2003. En consecuencia Nicaragua es uno de los 92 países firmantes, según refiere en video conferencia Goicoechea Ignacio. (2014).

I. Conceptos generales relativos a la Sustracción Internacional de Menores

1.2. Generalidades

Los Convenios Internacionales de Sustracción y de Restitución de Menores, nacen para dar respuestas a los problemas de familias mixtas o multiculturales, lo que ocasiona interpretaciones complejas de manera general, desde los social, cultural y legal, en las acciones que se emprenden en la búsqueda del retorno inmediato de niño, niña o adolescente que ha sido sustraído o retenido, por la pluralidad de leyes que convergen en los casos de restitución internacional. De acuerdo a la naturaleza del caso, participan de manera directa en la solicitud de restitución internacional,

ambos Estados, el del lugar de residencia habitual y el Estado de acogida o refugio, que sí son suscriptores deberán seguir los lineamientos del convenio de sustracción.

Para poder aplicar de forma correcta el Convenio de La Haya de 1980, es necesario que la interpretación de los conceptos comunes se haga desde el espíritu del Convenio relacionado, sin menoscabar el derecho interno de cada Estado. Así lo interpreta Benavides (2011).

... la filosofía de los convenios podría definirse así: la lucha contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés. ... Sin embargo, también se debe tener presente que dentro de los objetivos de los convenios al responder a una concepción determinada del interés superior de la persona menor de edad, puede a veces, justificar el traslado del menor, de forma que puedan darse excepciones a la regla general de restitución inmediata. (p. 81).

1.3. Sustracción Internacional de Menores

Según el diccionario de la Real Academia Española, la palabra sustracción viene del latín tardío *subtractio*. Su significado es acción y efecto de sustraer o sustraerse. Según el diccionario ubicado en Word Reference.com, sustracción es la acción de sustraer. Sus sinónimos son: restar, apartar, quitar, detraer, disminuir, diferenciar.

El Convenio de La Haya de 1980, no conceptualiza la terminología sustracción internacional de menores, pero indica las condiciones que conllevan a ella, de la que según las diferentes interpretaciones que dan los tribunales de justicia se derivan dos conceptos nacidos de la práctica que lo ubican en dos vertientes una de carácter sociológica y otra jurídica. Así refiere De La Rosa (2010).

Que la definición de carácter sociológico es la conducta que ejerce un progenitor cuando retiene a un menor, privándole del contacto con el otro progenitor, como expresión de un conflicto interno, que se resuelve utilizando al menor como un instrumento de chantaje emocional contra el otro progenitor. (p.15).

Es interesante cómo se logra “definir” tantos elementos subjetivos que, según el autor conllevan a una sustracción internacional de menores, encasillándolo básicamente en chantaje emocional, en detrimento del otro adulto. Sin embargo, me parece peligroso definir una frase en la que se involucran muchas causales que, si las etiquetamos, corremos el peligro restringir los derechos de la persona más vulnerable en el conflicto, especialmente si en la misma no se menciona la afectación que sufre el o la menor de edad sustraído.

La otra vertiente de es la de carácter jurídico, Se deriva del artículo 3 del Convenio de la Haya de 1980.

Se produce la sustracción internacional de menores cuando un menor es trasladado ilícitamente a un país distinto de donde reside habitualmente, violando el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, o en aquellos casos en que el padre o la madre se haya trasladado con el menor para residir en otro país, e impida al otro progenitor que tenga atribuido el derecho de visita a ejercitarlo.

La sustracción internacional de menores de edad, en el marco del convenio es aplicable hasta los adolescentes que hayan cumplido los 16 años, se da en la medida que se violenta el derecho de custodia que puede ser ejercido por los padres por derivación de ley o bien que se tenga determinada en una sentencia o resolución administrativa para uno de ellos, bien se puede dar el caso en que el ejercicio de este derecho fue convenido por los padres de forma notarial, de tal manera que puede ser ejercido este derecho de forma conjunta o separada.

El hecho de la sustracción consiste en que uno de los progenitores sustrae ilícitamente al niño, niña o adolescentes del lugar de residencia habitual, sin el permiso del otro padre y violenta el derecho de custodia, también otra hipótesis es que el niño, niña o adolescente haya salido del país de residencia habitual de forma lícita con el permiso del padre o la madre y posterior al vencimiento de la vigencia de la estadía el progenitor acompañante lo retiene ilícitamente.

1.4. Residencia Habitual

Antes de conceptualizar la residencia habitual, para efectos de la aplicación del Convenio de La Haya de 1980, es necesario aclarar que en la doctrina el vocablo de domicilio y el de residencia se usan indistintamente, el lugar de residencia está dado de forma material, mientras que el domicilio es un concepto jurídico, para efectos de ubicar a una persona dentro un lugar determinado o circunscripción. La residencia según el diccionario jurídico, se ubica dentro de la clasificación del domicilio civil.

La determinación del domicilio es importante porque se requiere de un determinado lugar para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones. Lo que es consecuente con lo que expresan los juristas Díez-Picazo y Gullón Ballesteros.

Imaginemos que los acreedores persiguen judicialmente al deudor para que pague los créditos ¿Dónde se le demandará? Sin ese elemento que es el domicilio, que sitúa al hombre en el espacio, que lo relaciona con un lugar (localizándolo), las relaciones jurídicas serían especialmente precarias. De ahí que la generalidad de la doctrina afirma que el domicilio es la sede jurídica de la persona. (p. 269).

En materia de sustracción internacional la determinación del lugar de residencia habitual es importante para observar la competencia de la autoridad central que vaya a solicitar la restitución internacional y retorno inmediato del niño o niña sustraído y el domicilio para efectos de determinar la autoridad tanto administrativa como judicial que vaya a conocer el caso concreto en el país de refugio, una vez que sea localizado

el niño, niña o adolescente que haya sido objeto de sustracción por parte de uno de sus progenitores. Es importante observar que La Haya en el convenio no se refiere de forma indistinta al domicilio y residencia, sino que usa la residencia como sinónimo del lugar en donde el niño o niña sustraída ha desarrollado su centro de vida.

El domicilio según el Código Civil de Nicaragua, en el artículo 25 utiliza de forma indistinta ambas palabras: “El domicilio de una persona es el lugar en donde tiene su residencia habitual...”. En ese sentido Nicaragua no hay duda en cuanto al alcance del lugar de residencia habitual que se tiene para efectos de la aplicación del Convenio en mención.

De manera más específica la ley 870 Código de Familia establece en el artículo 431 que:

A los efectos de esta Ley, el domicilio de las personas naturales es el del lugar, en que tienen su residencia habitual. ... Cuando la autoridad parental es ejercida por ambos padres, sin domicilio común, se considerará como domicilio el del que tenga al niño, niña o adolescente bajo su cuidado.

En materia de Derecho de Familia, queda claro que la persona que ejerce la custodia, cuido y crianza del menor de edad es la que establece materialmente la residencia habitual.

En la aplicación latinoamericana del convenio de la Haya de 1980, han surgido conceptos jurisprudenciales por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (CSJN), que establece que el lugar de residencia habitual es el centro de vida del menor sustraído. Este concepto ha sido acogido en gran medida por la doctrina. Y de manera formal encontramos un concepto en el Convenio Bilateral Argentina-Uruguay, para efectos de la aplicación del convenio en mención, el que establece en el artículo 3, “que a efectos del Convenio, se entiende por residencia habitual del menor, el Estado donde tiene su centro de vida el menor de edad sustraído”. (Uriundo y Cruz 2011). Supone una situación de hecho que alude a estabilidad y permanencia con exclusión a toda dependencia del domicilio de menores. Debe interpretarse como

el centro de vida, lugar donde vivía inmediatamente antes de la sustracción internacional. Mastrangelo (2015).

La aclaración sobre el alcance del concepto de residencia habitual se complejiza en caso concreto cuando se tiene que estudiar la legislación de ambos países partes del conflicto y en uno de ellos el alcance del concepto es diferente.

No hay que perder de vista que la sustracción internacional es la punta de iceberg que se asoma a un conflicto familiar que tiene tiempo de existir y que desborda en ese hecho, de suerte tal, que indiscutiblemente en un hecho de sustracción internacional, retención ilícita o restricción del derecho de visita, refleja un problema familiar que tiene que ser resuelto en donde la familia se ha desarrollado, donde tiene su arraigo, su desarrollo como tal. Ese es el lugar de residencia habitual y por ende le corresponderá a la autoridad judicial de ese país resolver sobre el fondo del conflicto, es decir, sobre custodia.

1.5. Derecho de Custodia

El convenio de La Haya de 1980, establece en el artículo 5, los derechos que protege. Entre ellos el derecho de custodia, que para los efectos de la aplicación de este convenio, debe de entenderse, como el derecho que tiene el progenitor que cuida al menor de edad y establece el lugar de residencia habitual. Se respeta por parte, de La Haya, el derecho soberano de cada Estado de regular el derecho de custodia con sus diferentes terminologías y alcances.

Para efectos de garantizar el derecho de custodia el artículo 3 del mismo convenio, establece diferentes escenarios relativos al ejercicio de este derecho.

1. Que haya sido ejercido de forma conjunta, es decir que este derecho es ejercido por padre y madre derivado de la ley. No hay sentencia o resolución, porque no hay conflicto aparente. Toda la familia vive en un supuesto de armonía.

2. Que se ejerza el derecho de forma separada, es decir que solamente uno de los progenitores tiene el cuidado directo del niño, niña o adolescente y el otro por lógica tiene regulado el derecho de visita, este puede establecerse mediante sentencia o resolución administrativa.

El derecho de custodia, no debe confundirse con la autoridad parental o patria potestad que conocemos en nuestro país o bien en Latinoamérica, porque la autoridad parental es el gobierno que ejercen temporalmente los padres, mientras los hijos e hijas alcanzan la mayoría de edad, y los derechos comprenden una amplia gama de actividades, entre ellas, se encuentran la representación legal, administración de los bienes de los hijos e hijas, el cuidado directo de estos, la conducción e instrucción, el derecho alimentario, el derecho a la educación, el derecho a las relaciones parentales conocidas como comunicación y visitas. Lo que no implica que el progenitor no custodio, no tenga participación sobre la dirección y conducción de la vida del menor de edad. De tal manera que en Nicaragua, deberá de entenderse, que ambos progenitores son solidariamente responsables en garantizar el desarrollo integral de sus hijos e hijas, independientemente que el cuidado y crianza entiéndase custodia, se le haya otorgado a uno de los progenitores y solo puede excluirse de estos derechos mediante sentencia que suspenda, termine o extinga la autoridad parental de los padres para con los sus hijos. Así mismo el artículo 23 del Código de la Niñez y Adolescencia, Ley 287, establece que:

La madre y padre en el ejercicio de sus derechos tomaran las decisiones conjuntamente sobre asuntos concernientes a la formación integral de sus hijas o hijos, tomando en cuenta el interés superior y los derechos y responsabilidades de las niñas, niños y adolescentes consignados en el presente Código.

El problema de la terminología y alcances relativo a la custodia varía de país en país, por ejemplo en Argentina según refiere Mercado (2013), “está sometido al régimen de patria potestad, que procura que ambos progenitores sean quienes decidan sobre las cuestiones de sus hijos.” (p. 19).

El otro supuesto que establece el convenio de la Haya de 1980, es la retención ilícita del menor de edad, se da cuando éste ha salido legalmente de su lugar de residencia habitual con el permiso debido de ambos progenitores, pero el progenitor acompañante del niño, niña y adolescente, decide unilateralmente retenerlo en el país de visita, convirtiéndose en país de refugio por el vencimiento del plazo. En Nicaragua las autoridades migratorias requerirán permiso de salida notariado, firmado por ambos padres para que un menor de edad pueda salir del país o bien referenciar en la misma escritura el movimiento migratorio que haga constar que uno de los progenitores no se encuentra en el país., todo con el fin del resguardo del derecho que tiene el menor a no ser objeto de traslados ilícitos o de tráfico internacional.

El artículo 29 de la Ley 287 CNA establece que:

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a salir del país sin más restricciones que las establecidas por la ley. Cuando los niños, niñas y adolescentes viajen fuera del país, es requisito fundamental presentar ante las autoridades migratorias el permiso de sus progenitores o tutores, debidamente autorizado por Notario Público.

1.6.Derecho de Visita

El derecho de visita, se encuentra establecido en los artículos 5 b del convenio de sustracción, cuando establece que el “derecho de visita” comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

El derecho de visita, al igual que el derecho de custodia debe de estar determinado por sentencia o bien podrá ser solicitado subsidiariamente una vez resuelta la solicitud de restitución internacional.

El Código de Familia, establece el régimen de comunicación, relación, trato y visitas, para ambos progenitores así como también para los familiares de estos, los que deberán ser acordados por ambos padres, no existiendo acuerdo entre ellos lo decidirá

una autoridad judicial, se establece los mínimos de la relación parental al menos fin de semana de por medio y de manera equitativa la mitad del tiempo de vacaciones que se gozan durante el año tiempo que podrá pasar el menor con el progenitor no custodio, artículos 281, 282 y 283 del Código de Familia, sin embargo no reguló de manera específica el ejercicio del derecho de visita cuando uno de los padres resida en otro país, que conlleva necesariamente a que la práctica de este derecho implique que el niño, niña o adolescente salga del país con el progenitor no custodio.

En cuanto a los derechos de familia que tienen que ver con relaciones familiares, no causan estado y pueden cambiarse o reformarse las sentencias según cambien las circunstancias. El convenio de la Haya de 1980, siguiendo la tendencia de garantizar el mejor interés del niño, niña o adolescente que se encuentre en un conflicto de sustracción, establece en el artículo 21, que la solicitud del derecho de visita, debe solicitarse siguiendo el mismo procedimiento en el caso de sustracción internacional, delegando en las autoridades centrales la colaboración necesaria para que se logre su efectividad.

II. Estructura del Convenio de La Haya de 1980

Se estructura en seis capítulos son los siguientes: Ámbito de aplicación, autoridades centrales, restitución del menor, derecho de visita, disposiciones generales y cláusulas finales. Por el objetivo de este artículo no voy a abordarlos por capítulos sino por artículos de interés relacionado al tema.

Este Convenio se caracteriza por dinamizar las coordinaciones internacionales entre autoridades administrativas y judiciales, con el fin de lograr el principio de eficacia en el tiempo efectivo de la protección de la tutela del progenitor desposeído del derecho de custodia y de garantizar el estatus quo del niño, niña o adolescente. Por sus propias características algunos países como España, se han denominado según Reig (2015), “como un Convenio de auxilio judicial... otros, como un convenio de reconocimiento y ejecución que se instrumentalizaba a través del exequatur”. (p.242).

Estoy de acuerdo en que se caracterice con un convenio de coordinaciones y comunicaciones internacionales, porque si no se logran solidificar las coordinaciones necesarias entre autoridades de ambos países el Convenio pierde su eficacia, sin embargo hay que separarlo de la figura del exequátur que únicamente es aplicable para aquellos Estados que no son firmantes de este convenio.

2.1. En el ámbito de aplicación encontramos la finalidad del Convenio

El Convenio de la Haya de 1980, nace con la finalidad de proteger internacionalmente al menor de los efectos perjudiciales del traslado ilícito o retención ilícita así como garantizar el derecho de visita. En este capítulo se establece que los Estados contratantes adoptarán las medidas apropiadas para lograr la finalidad del Convenio, debiendo recurrir al procedimiento más expedito de que se disponga.

Nicaragua acoge la Convención sobre los Derechos del Niño, elevando a rango constitucional su contenido en el artículo 71 de la misma. La Convención sobre los Derechos del Niño, establece en su artículo 11 la obligación estatal que hay de luchar contra traslados ilícitos., el que literalmente dice:

1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Finalidad del Convenio de La Haya de 1980. Según el artículo 1 de la Convención de La Haya de 1980, establece la finalidad de este en relación a los derechos que salvaguarda.

- a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante.

- b) Velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

El Convenio de La Haya lo que busca es el mejor interés del niño, niña o adolescentes garantizarle a éste el respeto de su estatus quo, en la búsqueda que regrese a su lugar de residencia habitual o centro de vida como conceptualiza la doctrina.

Los derechos que tutela el Convenio, para los progenitores son el Derecho de Custodia y el Derecho de Visitas.

La garantía de estos derechos que se soliciten bajo el marco de este convenio, no se logra sino se trabaja bajo el principio de cooperación coordinada entre los Estados suscriptores, así lo expresa el representante de Latinoamérica ante La Haya, que: “el actuar de los Estados involucrados se reconozcan mutuamente como una única comunidad jurídica”. Goicoechea (2015). Caracterizando a este Convenio como un convenio de cooperación internacional entre Estados.

Es importante señalar que el Convenio de La Haya de 1980, está diseñado para aplicar integralmente todos los medios modernos de comunicación rompiendo con el formalismo de los exhortos internacionales que en materia civil son completamente pertinentes, de tal manera que las comunicaciones entre autoridades tienen que ser fluidas y frecuentes en el tiempo real que se pueda considerando los horarios de los Estados en un caso. Así lo expresa Deryzin (2011):

La protección de los derechos humanos lejos de ser un asunto limitado a la esfera de la competencia doméstica de los estados se convierte en una cuestión internacional, desde la proclamación con carácter universal de derechos, por esencia universales, dado su carácter de valor esencial en la comunidad internacional. Vinculamos estas ideas al derecho de familia que se encuentra ubicado en el tablero interno e internacional captando profunda atención por tratarse de uno de los sectores más candentes en orden a la necesidad de cubrir

lagunas jurídicas a partir del giro que se ha producido en su ámbito material, espacial y subjetivo. (p.19)

2.2. Procedimiento de la solicitud de Restitución Internacional según el Convenio

El Convenio de La Haya de 1980, insta de forma general un procedimiento desarrollado en dos sedes, administrativa y judicial, la administrativa la encontramos en el trámite que da a la solicitud de restitución internacional el Estado requirente ante la Autoridad Central de su país para que mediante comunicación directa con la Autoridad Central del Estado requerido se inicie el proceso. Es importante destacar que las Autoridades Centrales de cada país representan la puerta de entrada de estos tipos de acciones y registran solicitudes entrantes y salientes.

La admisibilidad a trámite de la solicitud que se genere del traslado ilícito o retención ilícita, del niño, niña o adolescente, depende si se logra cumplir los presupuestos que establece el artículo 3 del Convenio de la Haya 1980:

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo del derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. ... El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado.

De conformidad al artículo 3 ya citado en el literal a), encontramos presupuestos de admisibilidad que se deben de considerar para que proceda a dar trámite a la solicitud de restitución internacional.

Presupuestos de admisibilidad condicionantes: Primero que exista un derecho de custodia o derecho de visita, y que estos estén determinado mediante sentencia, resolución administrativa o acuerdo de partes, segundo, también puede estar dada por derivación de la ley, es decir, cuando la sustracción se produce en una familia que estaba integrada y que no había separación entre los progenitores, el ejercicio de la autoridad parental es ejecutado indistintamente por ambos progenitores.

Si se cumplen los requisitos que establece el Artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980 y si se determina con precisión lo establecido en el artículo 5, “a) el derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;” teniendo claro los requisitos de admisibilidad, procede la Autoridad Central del Estado requerido a dar trámite a la solicitud de restitución, mediante la información que se pide al llenar la parte interesada un formulario estandarizado internacionalmente que deberá de contener los datos mínimos tanto del niño, niña y adolescente sustraído como de la persona que sustrajo, según el artículo 8 del citado Convenio.

La Autoridad Central, revisa se reúnen todos los requisitos, admite, abre expediente, e inicia el proceso en la vía administrativa en la búsqueda de lograr un retorno voluntario del niño, niña o adolescente que haya sido sustraído. Durante este proceso, la Autoridad Central tiene todas las facultades de decretar medidas para lograr la ubicación del niño o niña, así como de garantizar el retorno seguro del menor involucrado. En este sentido se lee el artículo 10 del Convenio: “La autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendientes a conseguir la restitución voluntaria del menor.” De todo se mantiene informado el Estado requirente. Si no se lograra este acuerdo, el Convenio deja la opción de que se pueda iniciar el proceso en la vía judicial. En

Nicaragua se establecieron estas funciones por medio del Protocolo de actuaciones para la aplicación de este Convenio una de ellas es la facultad de dictar medidas de protección de acuerdo a la facultades que le otorga el Código de la Niñez y adolescencia y otras que requerirían la autorización judicial, para ello se requerirá hacer las coordinaciones interinstitucionales necesarias.

Artículo Arto. 44 Protocolo de actuaciones.- Medidas de localización. Una vez admitida la solicitud de restitución, se dictaran las medidas pertinentes para la localización del niño, niña y adolescentes, debiéndose coordinar con la Dirección de Auxilio Judicial de la Policía Nacional, Dirección de Migración y Extranjería y cualquier otra que fuere necesario, en búsqueda de evitar el traslado u ocultamiento del niño, niña y adolescentes. Para tal efecto la Autoridad Central deberá solicitar las medidas que considere oportunas en sede judicial. Para el decreto y celeridad de las mismas, la autoridad central pedirá la colaboración de quien haga las veces de juez enlace.

La característica de proceder con urgencia a tramitar la solicitud de restitución internacional es obligación de ambas autoridades, tanto la Autoridad Central como la Autoridad Judicial que conozca del caso., debiendo mantener una comunicación fluida con las autoridades del Estado solicitante, El Convenio de La Haya 1980, establece un plazo de seis semanas para resolver y garantizar el retorno inmediato del niño, niña o adolescente sustraído.

Artículo 11 del Convenio de 1980, establece que: Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados Contratantes actuaran con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia

de la Autoridad Central del Estado requirente tendrán derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.

En relación al plazo que establece el Convenio, considero que los expertos no fueron objetivos en establecer ese plazo, no sin antes entender el espíritu de la norma, que su objeto es evitar que el niño, niña y adolescente desarrolle apego en su nuevo entorno. Sin embargo para buscar una respuesta pertinente hay que considerar la naturaleza del caso y los diferentes intereses que se mueven en este tipo de acción.

Según estadísticas de la Conferencia de La Haya, presentadas en el año 2011, el tiempo de demora para resolver las causas de restitución varían de acuerdo el giro que toma el caso, así tenemos que para una restitución voluntaria el promedio se aproxima a los tres meses, si al resolver la solicitud de restitución el promedio es de cinco meses, para denegar una restitución internacional, cuando se han opuestos excepciones, el aproximado es de nueve meses y cuando se hace uso de los recursos de apelación el aproximado es de once meses. HCCH (2011).

En Nicaragua se han dado trámite en la vía judicial a las acciones de restitución indistintamente del departamento en que se hayan radicado, analizados los expedientes en primera instancia, el tiempo promedio desde que inicia un proceso y finaliza con sentencia es de 8 a 9 meses., en uno de los casos de forma excepcional se logró acuerdos de restitución voluntaria del niño, a su lugar de residencia habitual, México, en cuarenta días una vez presentada la demanda ante la autoridad judicial, con número expediente 341-0419-2014, por lo que de acuerdo a los términos del Convenio de la Haya de 1980, es el único caso en donde se ajusta al término que ellos establecieron de seis semanas, haciendo la salvedad que hubo voluntad de la persona que sustrajo de restituir al niño, caso contrario se estaría al promedio de primera instancia. Ver en anexo. Registro Estadístico.

En segunda instancia, el promedio oscila en nueve meses, solamente existe un caso que se encuentra en casación en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, aún

pendiente de resolver, en este caso del expediente número 003018- ORM5- 2014 FM, en primera instancia tuvo un tiempo de resolución de seis meses, en segunda instancia un año y a partir de Diciembre del año dos mil quince se promovió la casación aún pendiente de resolver.

Nicaragua no registra jurisprudencia en este tema, a pesar de que el convenio había sido aprobado desde el año 2000, no se llevaba un registro al respecto, ni administrativa, ni judicialmente, ya que el tratamiento procesal no estaba unificado y en sede administrativa no se encontraba normado, por lo que es a partir del año dos mil trece que se re direcciona la aplicación del Convenio de la Haya de 1980, conforme lo orientado en el Protocolo de actuaciones antes mencionado que fue firmado en Octubre del 2012.

El tiempo que lleva el proceso de restitución internacional obedece muchas veces a que las partes justifican la sustracción, motivando las mismas en un conflicto sin resolver en la familia, que desde hace meses o años se viene gestando, por lo que desencadena en el abuso del ejercicio de la custodia que tiene la persona que sustrajo al menor de edad, parece muy optimista de parte de la Haya, que se crea posible lograr el retorno inmediato del menor de edad en ese plazo mediante un acuerdo o mediación en todos los casos. Aunque ya se ha logrado en algunos casos, sin embargo la tendencia marcada es no llegar a acuerdos entre las partes y que los casos se judicialicen. Judicializado este se traba la litis cuando se opone la persona que sustrajo al hijo o hija, excepcionando conforme las bases que te otorga el mismo convenio como excepción a la norma.

2.3 Autoridades Competentes intervinientes en la sustracción internacional

El Convenio establece dos etapas para poder concretar la respuesta que se debe de dar a la solicitud de restitución internacional de menores. La etapa administrativa conocida en todos los países suscriptores como el procedimiento que dan las Autoridades Centrales, con facultades para, conocer, comunicarse y dar seguimiento a las solicitudes hasta su culminación.

El Convenio de La Haya de 1980, es un convenio de cooperación internacional, que para los efectos de su aplicación trabaja con autoridades delegadas por cada Estado firmante, para que los trámites y procedimientos fluyan de manera tal, que se logre la efectividad del Convenio en el tiempo de seis semanas, pero es lo que se aspira para garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados y muchas veces contrasta con la realidad.

De tal manera que se distinguen dos autoridades con las que se trabaja:

2.3.1. Autoridad Central

Cada Estado suscriptor delega en una institución o secretaría la representación del país para efectos de la autoridad central. En algunos países es delegada a una dirección del Ministerio o Secretaría de relaciones exteriores, caso de México y Argentina, en otros puede delegarse al Ministerio o Secretaría que de acuerdo a sus funciones se relacionen con atención a la niñez y familia, en otros la Procuraduría de Justicia y otros la defensoría. En Nicaragua la Autoridad Central fue delegada inicialmente a Conapina y en la Actualidad al Ministerio de la Familia, Adolescencia y Niñez, la Dirección Nacional de Restitución de Derechos es la que tramita las solicitudes de Restitución Internacional, tanto de los países entrantes como de Nicaragua como país requirente.

Las autoridades centrales, según el convenio de 1980, tiene sus funciones determinadas de forma clara en el artículo 7, entre las que destacamos la facultad de dictar medidas para localizar al niño, niña o adolescente sustraído, procurando su restitución de forma inmediata y mantener una comunicación, coordinación y colaboración fluida con la autoridad central del país solicitante, es la puerta de entrada y la que lleva el registro estadístico del país de las solicitudes de restitución entrantes y salientes como Estado.

2.3.2. Autoridad Judicial

El Convenio de la Haya de 1980, no hace mención específica en un solo artículo de la competencia judicial sobre el conocimiento de las solicitudes de restitución internacional, sin embargo, se deriva de la simple lógica jurídica que en el conflicto de restitución, sea una autoridad competente conforme el Derecho de Familia o Derecho Civil según la regulación interna de cada Estado, para resolver la controversia, es así que en el capítulo III del Convenio relativo a la Restitución del menor, se menciona la autoridad judicial en los artículos del 11 al 17 que constituyen básicamente los lineamientos a tomar en consideración en el conocimiento del juicio cuando se excepciona mediante los artículos 12, 13 y 20 del mismo convenio, excepciones que abordaré de forma específica en este mismo capítulo.

Tal a como abordamos anteriormente las autoridades nacionales, en la búsqueda de dar respuesta al acceso de justicia, se amplió la competencia en materia de Derecho de Familia, y son competentes para conocer de las acciones de restitución internacional los jueces locales de familia, jueces locales únicos, jueces de distrito de familia y jueces locales civiles en donde no existan de familia., del lugar en donde se encuentre ubicado el niño, niña o adolescente sustraído. En los foros internacionales se hace la observación que para lograr una mayor efectividad de la aplicación de este convenio se requiere trabajar con concentración de competencia.

En Nicaragua, antes de la entrada en vigencia de la Ley 870 Código de Familia, se logró mediante la elaboración del Protocolo de Actuaciones para la Aplicación del Convenio de Sustracción en su primera edición firmado en Octubre del año 2012, establecer la guía del procedimiento a seguir como autoridad central y estandarizar el tratamiento procesal de la acción de restitución internacional de menores, aplicando Nicaragua en ese tiempo el proceso sumario, según el artículo 1747 del Código Procesal Civil, por ser éste el más expedito., sin embargo siempre era objeto de tácticas dilatorias con incidentes y excepciones procesales que se promueven para tal fin por parte de los asesores o representantes de las partes.

Por carecer de una ley especial que asumiera el procedimiento más urgente o alífero se formó la comisión interinstitucional compuesta por las máximas autoridades de la Corte Suprema de Justicia y Ministerio de la Familia Adolescencia y Niñez, para que se trabajase en la elaboración de un Protocolo a través de un documento que guiara tanto a la autoridad central como a los judiciales que tuvieran conocimiento de una acción de restitución internacional, se orientó a la autoridad judicial, la necesidad de aplicar en casos de sustracción internacional el procedimiento sumario de forma estandarizada ya que existía variación de criterio judicial en el tratamiento procesal que se daba, aplicando en unos casos el proceso sumario, en otros el ordinario y en otros el de ejecución, observándose un desorden y falta de unidad en los criterios de aplicación procesal como País. El Protocolo fue actualizado en mayo del 2015 de acuerdo al Código de Familia y actualmente remite en materia procesal a seguir el proceso común establecido en el libro VI de la ley 870. Sin embargo, hace falta que el trámite especial de esta acción se establezca a través de una ley o bien de la reforma al Código de Familia.

El Código de Familia, hace una implícita referencia al Convenio de La Haya 1980, sin embargo tiene sus inconvenientes, porque la letra de la ley se inclina a la figura de la nacionalidad en cuanto a la protección de la niñez nicaragüense, lo que no es coherente con la finalidad del Convenio.

Artículo 20 Ley 870. Aplicación de tratados internacionales para la restitución de niños, niñas y adolescentes

La restitución de niños, niñas y adolescentes que de manera ilegal hayan sido trasladados a cualquier estado extranjero, se regulará por lo establecido en los tratados internacionales respectivos, siempre y cuando en ellos no se vulneren derechos fundamentales de los nicaragüenses.

Los legisladores confunden el alcance del convenio de La Haya al referirlo solamente a la niñez nicaragüense, cuando indica: “que de manera ilegal hayan sido trasladados a cualquier estado extranjero”, obviando que no se trata de nacionalidad o extranjería sino de garantizar el derecho de custodia vulnerado, mediante el retorno inmediato de la persona del menor de edad a su *status quo* o centro de vida, independientemente de la nacionalidad que éste o sus progenitores tengan. La forma correcta en que debe de redactarse el artículo mencionado sería que el elemento de la nacionalidad sea sustraído del texto.

2.3.3 Juez o Jueza de Enlace

Es el Juez o Jueza delegada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados firmantes del convenio, para coordinar las comunicaciones judiciales directas nacional e internacionalmente entre las instituciones públicas relacionadas de cada Estado involucrado en un caso, a solicitud del judicial que conoce, otra de las funciones es la de capacitar e instar a la correcta aplicación de los convenios internacionales y coadyuva a la autoridad solicitante a la búsqueda de información jurídica del país requirente al igual que lleva estadísticas judiciales del país. Artículo 56 del Protocolo de actuaciones para la aplicación de los convenios internacionales en materia de sustracción y restitución internacional. Los Jueces de enlaces pertenecen a la red de jueces de enlace ante La Haya, lo que ha venido a dar mayor productividad y eficacia de aplicación del Convenio de Sustracción, la oficina permanente de derecho Privado de La Haya tiene registrado por país suscriptor cuales son las autoridades centrales y jueces de enlace para efectos de la aplicación de los convenios relacionados en sustracción., según Dreyzin (2013), asegura que:

No vacilamos en decir que el Juez de Enlace se está transformando en una figura forzosa en un proceso de restitución, ya que su conocimiento en la materia sirve para poder cumplir con los principios que deben primar en un caso de esta naturaleza. (p. 92).

La conferencia de La Haya, ha observado la importancia de las funciones que han desempeñado las redes de jueces de enlaces, denominados red internacional de jueces de la Haya, actualmente la red cuenta con 80 jueces de enlace de más de 55 estados, según lo refiere el antecedente del documento relacionado, las comunicaciones judiciales directas traen como beneficio un considerable ahorro de tiempo y un mejor uso de los recursos disponibles, se rige por los principios de transparencia, certeza y previsibilidad según documento que contiene los lineamientos emergentes relativos al desarrollo de la red publicado por la Hague Conference on Private International Law 2013.

Este documento prácticamente define las funciones de los Jueces de la Red, en relación a las comunicaciones judiciales, en dos sentidos, el primero administrativo, para cualquier información relativa a conocimiento sobre la funcionabilidad de la Red, la oficina de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, relativo a contactos y en cuanto al contenido y aplicación de los convenios relativos a la materia de familia y el otro en relación a la comunicación es caso concreto, en virtud de la solicitud de ayuda o colaboración que haga la autoridad judicial que conoce, además es un documento base que guía a los Estados firmantes a estudiar y observar la posibilidad de aprobar a lo interno formas de comunicaciones directas entre jueces nacionales y extranjeros. De ellos contamos con el ejemplo con el Protocolo de comunicaciones judiciales directas de Costa Rica y Argentina con las comunicaciones judiciales directas oficina de cooperación judicial internacional del superior tribunal de justicia de la provincia de Córdoba.

2.4. De las excepciones establecidas en el Convenio

Si bien la finalidad del Convenio de La Haya de 1980 es la restitución inmediata de un menor de edad que ha sido trasladado ilícitamente o bien retenido ilícitamente, en violación al derecho de custodia ejercido por uno de sus progenitores, persona o institución. También señala las excepciones a la regla cuando no fuese posible el retorno del niño, niña o adolescente al lugar de residencia habitual. Estas están establecidas en los artículos 12, 13 y 20 del mismo, y en ellas radican el corazón de la

litis en estos tipos de juicios, e implican la necesaria cooperación y comunicación entre autoridades centrales y judiciales para lograr de forma objetiva conocer y resolver pertinentemente.

Las excepciones se encuentran en el Capítulo III del convenio y se plasman en los artículos 12, 13 y 20, estableciendo la motivación de la no efectividad del ejercicio de la custodia o bien haya consentido el traslado del niño al país de refugio. Las excepciones son motivadas con los siguientes acontecimiento, que se alegue que el hecho de regresar al menor de edad sustraído, afecte de forma grave o bien sitúe en riesgo la integridad física y/o psicológica intolerable para el niño, niña y adolescente. La siguiente es garantizar en interés superior del niño y de acuerdo al reconocimiento de la autonomía progresiva de éste, la participación del niño en el proceso, mediante la escucha del menor y la interpretación de su expresión de acuerdo al grado de madurez y la edad de éste, bien esta escucha se puede hacer mediante el apoyo multidisciplinar de psicóloga y la última excepción es que el retorno del niño vulnere los principios fundamentales en el Estado requerido, lo que según el informe Pérez Vera, deberá de entenderse cuando en el lugar de residencia habitual se estén dando condiciones que sean peligrosas y el retorno vulneraría los derechos fundamentales de los niños, niñas o adolescente retornado. Ej. Guerra, exclusión de grupos sociales, hambruna, epidemias etc. Todas estas excepciones pueden ser opuestas por la parte sustractora, quien es la que debe de demostrar su alegato en el desarrollo del juicio, haciendo uso de los medios probatorios que tenga al alcance o bien puede solicitar ayuda para que mediante las coordinaciones y comunicaciones directas entre autoridades de cada país involucrado se logre investigar y fundamentar la excepción invocada, las que se procede a puntualizar.

2.4.1. Adaptación al nuevo ambiente

La autoridad central o judicial que conoce de una solicitud de restitución internacional observará que la misma haya sido solicitada en el término de un año, desde el momento en que se produjo la sustracción o retención ilícita, si es presentada

en tiempo la solicitud, y además llena los requisitos procesales, tendrá la obligación de restituir al menor de edad en el tiempo de seis semanas. (Artículos 11. 1 y 11.2 del Convenio de La Haya de 1980).

También se establece en el artículo 12 del Convenio de La Haya de 1980., que habiendo transcurrido el año, la autoridad siempre podrá estimar el retorno del menor, mientras no se demuestre que ha quedado integrado en su nuevo ambiente. Según Reig (2015), “en este caso el principal problema que se plantea en la aplicación de esta regla es el computo del plazo de un año.” (p. 243).

Para ello deberá de oponerse la excepción del término para la presentación de la acción y mediante pruebas periciales determinar ese apego al nuevo ambiente, lo que puede ser muy peligroso para la efectividad de la aplicación del Convenio, considerando el tiempo que duran los procesos en todas sus instancias, en las que ya se ha tenido conocimiento que en algunos casos se ha dilatado hasta más de cuatro años para la restitución. Según la doctrina el tiempo que se tiene para interponer la acción es de un año, y una vez interpuesta el cómputo del tiempo se detiene, independientemente del tiempo de duración en dar respuesta a la solicitud. Así lo explica Gonzáles (2007).

Respecto a la extensión del plazo es de un año, sin perjuicio de las dificultades de localización del menor. ... el momento de expiración del plazo es la presentación de la demanda solicitando su devolución, sin perjuicio de lo que tardan las autoridades administrativas y judiciales. (p. 92).

El conteo del plazo no se encuentra determinado por ninguna norma, lo que conlleva a que exista diversidad de interpretaciones, de tal manera que ya se ha cometido el error judicial, de considerar que la falta de impulso procesal por una de las partes, trajo consigo el transcurso del plazo de un año que fue considerado por la autoridad judicial para denegar la restitución del niño., lo que conlleva a una interpretación completamente errada ya que iniciado el proceso en tiempo, es decir que haya

interpuesto la solicitud de restitución internacional la parte interesada antes del año de la sustracción o retención ilícita, el tiempo que transcurre ante las autoridades, para dar respuesta a esta solicitud no debe ser nunca atribuido a la parte solicitante. En la parte conducente, considerando III. Sentencia 1ª. Instancia del expediente 008076-ORM5-2013FM., encontramos la motivación que hace la judicial en relación al plazo.

... la autoridad central emitiera resolución para la judicialización del asunto en junio del dos mil trece, la solicitud fue presentada por el actor en este despacho en el mes de septiembre del mismo año. Posteriormente por diversas circunstancias, principalmente por dificultades en la localización de la dirección de la demandada y después por incidentes promovidos por esta, la contestación de la demanda ocurrió hasta en el mes de junio del dos mil catorce y el periodo de pruebas termina en la primera semana de septiembre de ese mismo año, con lo cual es claro que la tramitación se ha prolongado más de un año, tiempo suficiente para que la niña se pudiera arraigar en Nicaragua y haya asumido que este es su lugar de residencia.

En Nicaragua tenemos la colaboración multidisciplinaria de peritos que la integran trabajadoras sociales y psicólogas que auxilian para determinar de forma independiente la adaptación psico-social que el niño, niña y adolescente ha tenido en su nuevo entorno, en el supuesto que sea alegado el apego del niño, niña y adolescente en su nuevo entorno. Esta alegación debe ser expuesta por la parte sustractora, siempre y cuando se denote que con el transcurrir del tiempo, se presume que el progenitor a quien supuestamente se le haya violentado el derecho de custodia, haya permitido o tácitamente aceptado el traslado del niño, niña y adolescente. Consecuentemente no haya interpuesto la acción en el plazo establecido.

2.4.2. Cuando no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia

En esta excepción existen tres circunstancias a alegar, las que pueden ser independientes, en el caso de la primera no ejercía de modo efectivo el derecho de

custodia, puede ser que no se le haya concedido el derecho mediante sentencia o resolución o bien concediéndole no lo ejercía físicamente este derecho, ya que el cuidado era ejercido por otra persona distinta a él. En este caso, se tendrá que investigar en el país de residencia habitual si el derecho que tenía o ejercitaba la persona que sustrajo le traía aparejado el derecho de trasladar sin el consentimiento del otro progenitor al niño, niña o adolescente. Según Tagle, Forcada y Seaone (2010), exponen que:

La interpretación de -ejercicio efectivo- de la custodia incluso comprende la situación de la no convivencia por justificadas razones tales como enfermedad, trabajo, estudios. Vale decir que esta situación fáctica debe de ser ponderada por el juez en cada caso particular. (p. 162)

Los otros supuestos son: consentimiento al traslado y aceptación del mismo, el consentimiento se probará con la prueba documental del permiso de salida del menor en aquellos países que lo tengan regulado, observándose la vigencia o las condicionantes del traslado, y la aceptación es que se haya producido el traslado y con el transcurrir del tiempo se denote una aceptación en el nuevo lugar de residencia habitual. En ambos supuestos la excepción quedaría suficientemente fundamentada. Tal a como dicen Tagle, Forcada y Seaone, "... denota actitud tolerante con el desplazamiento o no retorno del menor, despoja al traslado de su condición ilícita transformándolo en un simple cambio de residencia sin consecuencias jurídicas." (p. 162).

2.4.3 Existe un grave riesgo de que la restitución del menor afecte su integridad física y psicológica

Es importante resaltar que la tendencia mundial es que esta excepción sea invocada fundamentándola con la existencia de violencia intrafamiliar que ha vivido la madre en su mayor parte la persona que sustrajo en el lugar de residencia habitual, y el retorno del niño o niña sin su madre significaría una prolongación a la violencia que trasciende las fronteras ejercida por el hombre quien tiene la relación de dominio

según la teoría de género, para ello se hace necesario en Nicaragua conocer los lineamientos jurídicos de protección de las mujeres en contra de la violencia y observar que el 94% son mujeres las sustractoras según estadísticas de casos de restitución internacional que se llevara en el año 2015.

Considerando la alta tasa de incidencia de las mujeres en la sustracción internacional de menores y la regulación especializada que la resguarda, se hace necesario aprender a separar las valoraciones que tiene que hacer la autoridad judicial para determinar en primer lugar si existe o existió violencia en el lugar de residencia habitual, observar las pruebas de la violencia, las que deberán de ser adjuntadas o bien solicitadas en juicio para que mediante las comunicaciones judiciales directas o bien mediante el apoyo de coordinación de autoridades centrales, se logre indagar y solicitar el estudio sico-social en el lugar de residencia habitual, informes periciales que serán incorporado al procedo para que sea objeto de debate por ambas partes. Determinado la existencia de la violencia y grado de esta mediante prueba pericial del país de residencia habitual y del país de refugio, observará la afectación que tiene esta circunstancia en el desarrollo de la vida del niño, niña o adolescente, debiendo considerar que por el solo hecho de la separación ya se encuentra afectado y qué tanto elevaría ese grado de afectación el retorno de este al ambiente de violencia. De igual manera puede observar si es susceptible de garantizarle a la parte sustractora el resguardo de medidas y atención especializada en este tema en el lugar de retorno.

Muchas veces la parte sustractora alega haber sido víctima de violencia ella y el niño o niña, pero no prueba tal hecho y la defensa técnica no hace uso de las bondades de las comunicaciones directas entre autoridades de ambos países, ya que no pide la coordinación para investigar por medio de un estudio sicosocial en el lugar de residencia habitual el comportamiento de la convivencia de la familia involucrada.

La carencia de solicitud por parte de los interesados podría ser sustituida en interés superior del niño, por la aplicación oficiosa de la autoridad judicial mediante las comunicaciones directas entre autoridades, con el fin de tener la certeza de los hechos

invocados mediante la colaboración del país de residencia habitual, provocando la aplicación del principio de cooperación internacional para lograr la efectividad del espíritu del convenio. Con la información de ambos países respecto al tema alegado la autoridad tiene suficientes pruebas que acrediten su motivación para garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y observar, si efectivamente el entorno sico-social del país de residencia habitual garantizaba un ambiente armonioso para el desarrollo integral del menor.

En esta excepción de grave riesgo, si la argumentación es violencia intrafamiliar en contra de la mujer, quien además es la persona que sustrajo al menor, la autoridad que conoce sea administrativo o judicial debe de analizar la aplicación de medidas de protección, conforme el ordenamiento interno nicaragüense, ley integral contra la violencia hacia las mujeres, Código de Familia y Código de la niñez y adolescencia, al análisis de normativa se le adiciona el reconocimiento que hay que hacer a los derechos del niño, niña y adolescentes, violentados en esta situación, debiendo entonces observar tanto las partes procesales, como las autoridades, los instrumentos internacionales como la CEDAW, Belén do Pará, Convención Internacional sobre los Derechos de Niño de la que Nicaragua es parte.

Si la autoridad que conozca de un caso de sustracción en la que le excepcionan grave riesgo, no se compromete a aplicar bien todas las normas nacionales e internacionales así como hacer y solicitar las coordinaciones internacionales necesaria, es decir, las autoridades de manera obligatoria tienen que observar, analizar y aplicar el régimen jurídico de ambos países involucrados, el de la residencia habitual y el país de retorno, en armonía con el nuestro y en la búsqueda de dar respuesta a la solicitud sin menoscabar derechos fundamentales de la niña, niño y adolescente y de la mujer. Si por el contrario se falla solamente aplicando e interpretando nuestra normativa en estos casos y sin la aportación de pruebas, se corre el riesgo de que Nicaragua se quede corto en la motivación de lo que falle, ya que necesariamente debe de considerarse el ordenamiento interno de los países involucrados. Considerando la ubicación que tiene Nicaragua en materia de protección contra la violencia, el hecho mismo de aplicar

solamente la normativa interna se corre el peligro de que Nicaragua se convierta en un paraíso legal por parte de las sustractoras, ya que según las estadísticas registradas en el año 2015 representan un 94%, es así que la interpretación debe de hacerse sistemática según lo determina el artículo 7 del Código de Familia, que establece los criterios de interpretación y aplicación de este código, no hacer esta interpretación la sentencia puede quedar carente de fundamentación objetiva que garantice de forma efectiva el derecho del niño, niña o adolescente en ambos ordenamientos jurídicos a considerar.

Artículo 7 Ley 870. Criterios de interpretación y aplicación. La interpretación y aplicación de las disposiciones del presente Código se hará de conformidad a la Constitución Política de la República de Nicaragua, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los instrumentos internacionales vigentes en el Estado de Nicaragua y los principios rectores del mismo Código.

La doctrina nos indica que el grave riesgo debe de ser interpretado de forma restrictiva al igual que las otras excepciones establecidas en el convenio de La Haya de 1980 y que en lo que hace a la valoración del riesgo debe de referirse a la afectación directa a la niña, niño o adolescente que haya sido sustraído y que su retorno al lugar de residencia habitual afectaría la psiquis o la integridad física, mas allá de la afectación derivada de la separación de sus padres, en esta encontramos que Tagle, Forcada y Seaone, (2010), exponen que:

Refiere a acontecimientos en las que la sustracción internacional se ha operado, pero el retorno sería contrario al interés del menor, ya que puede afectar su propia integridad física o psíquica. Puede serlo por causas que se relacionen con la idoneidad de quien solicita la restitución, ya sea que se trate de una persona que se trate con desequilibrio psíquico, adicción al alcohol, drogadicta, un abusador o por causas exógenas que se puedan catalogar de intolerables para el menor, lo que implica mirar los graves riesgos o peligros que se encontraran en el lugar de residencia habitual... (p. 162).

De lo anterior se deriva la problemática de la medición en cuanto a la afectación de los niños, niñas y adolescentes en una situación adversa que ponga en peligro el desarrollo integral de este. La afectación del niño, niña o adolescente debe de ser valorada por el judicial de forma estricta, con ayuda de peritos en la materia, tanto del país requirente como del país de refugio, resultando elemental los análisis del entorno social en donde el niño, niña o adolescente tenía su centro de vida y comportamiento de la familia en ese entorno. De igual manera, para determinar alguna conducta patológica en el progenitor solicitante, debe de realizarse análisis a ambos progenitores para determinar si la aptitud de éstos es idónea para el ejercicio de la custodia, en este análisis y valoración que nace de buscar la verdad en la excepción opuesta, dificulta el cumplimiento del artículo 16 del Convenio, porque se tiene que entrar a valorar fondo e idoneidad de progenitores para determinar el riesgo e implícitamente se determina con esa valoración la tendencia en la custodia, aun a y pesar que en las sentencias no se haga referencia a la misma. Situación anterior que violenta lo establecido por el Convenio de La Haya de 1980, en el artículo 16 que establece lo siguiente:

... las autoridades judiciales o administrativas del Estado Contratante adonde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este convenio.

Del contenido del artículo anterior del convenio, se deriva la pregunta de si es pertinente o no la prohibición que se hace, de no pronunciarse sobre custodia, que a mi parecer y experiencia resultara muy difícil no entrar a valoraciones que tengan que ver con custodia, ya que la autoridad judicial profundiza en factores sico-sociales que involucran la idoneidad en el ejercicio de la custodia para con los progenitores.

Ahora bien respecto a la interpretación que se hace de la excepción de grave riesgo del menor de edad, la jurisprudencia de Argentina según Tagle, Forcada y Seaones (2010), han expresado lo siguiente.

TSJ Córdoba, Sala Civil. A.I. No. 19, 27/12/2006. Así la negativa a la restitución del menor solo procede en caso de existir un riesgo grave de exponer al niño a un peligro psíquico o físico, hipótesis que para tornarse operativa requiere que este último presente un grado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente deriva en un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. (p. 165).

Resulta interesante el grado de afectación que los magistrados de la Sala de Apelaciones de Córdoba, hacen en su motivación, en donde destacamos la interpretación restrictiva que aplican ellos para la situación de grave riesgo. Cabe señalar que en América Latina, Argentina es el país que tiene abundante jurisprudencia en la aplicación del Convenio.

2.4.4 Cuando el niño, niña y adolescente se opone

Esta excepción garantiza de forma directa la participación de la persona menor de edad (hasta los 16 años) según el Convenio, pueda ser escuchada por las autoridades tanto administrativas como judiciales, evitando siempre la re victimización del niño, niña y adolescente.

El derecho a la participación de los menores de edad se encuentra garantizado mediante el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 17 del Código de la Niñez y adolescencia y artículo 448 del Código de Familia este último a la letra dice:

Escucha a los menores de edad en los procesos judiciales y administrativos. Los niños, niñas y adolescentes que se encuentren bajo la autoridad parental deberán

ser escuchados en todo procedimiento administrativo y judicial que tenga relación con ellos de manera personal y en consonancia con las normas y procedimientos correspondientes, según sea el caso y en función de su edad y madurez. En caso de niños y niñas, la escucha será obligatoria cuando sean mayores de siete años.

La escucha del niño, niña o adolescente, radica en primer lugar en reconocerse a este el derecho que tiene de participar en un juicio en donde este tiene un interés directo, además se le reconoce su dignidad humana de ser tratado como otro igual, al mismo tiempo que se les reconoce a sus progenitores el derecho a la defensa.

La doctrina ya enuncia el concepto de autonomía progresiva y evolución de las facultades de los menores como sujetos de derechos. La materialización del derecho a ser oído, tiene que darse con conocimiento técnico por parte de un especialista en psicología del consejo técnico asesor, que auxilie al judicial o bien a la autoridad administrativa a decodificar la comunicación que transfiera el niño, niña o adolescente en esa entrevista, con el fin de evitar preguntas inadecuadas que sometan al niño a conflicto de lealtad en relación a sus progenitores. También de acuerdo a su experiencia y conocimiento, la autoridad judicial podrá determinar si la audiencia la da de forma directa, sin la ayuda técnica en dependencia de la edad del menor de edad. Entre mayor edad, es más clara su expresión en la valoración deberá de considerarse su edad y grado de madurez, el entorno en que ha vivido, el tiempo que ha transcurrido, la capacidad que tenga éste para expresarse respecto a la situación que lo involucra. La edad es determinante para el reconocimiento de la capacidad progresiva en la niñez y adolescencia, Tagle (2011), explica:

Se positiviza una nueva concepción sobre la infancia y adolescencia que posiciona al niño, niña o adolescente como titular de derechos y atributos por ser persona humana dejando definitivamente atrás la doctrina de la situación irregular para reemplazarla por la doctrina de la capacidad progresiva, que sigue los postulados de la CDN. Parte del concepto de autonomía progresiva y evolucionan las facultades con una consideración del

niño sujeto jurídico especial por su inmadurez psicológica y necesidad de ser apoyado en el ejercicio de sus derechos. ... (p.228).

En esta excepción de la escucha de la persona menor de edad, se logra materializar de forma directa la interpretación del principio interés superior del menor, en la cual tiene la oportunidad este de expresarse y de demandar la protección de sus derechos ante autoridad competente, debiéndose en todo caso respetar y técnicamente aprender a valorar su opinión, que se encuentra garantizada en los artículos del 3 al 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece el principio de interés superior de niño y en el artículo 12 de la misma Convención determina el derecho que tiene la niñez de ser escuchada ante autoridad competente, lo que no debe confundirse con el traslado de responsabilidad que hacen tanto padres como instituciones de que sea este quien decida en este sentido. Tagle, Forcada y Seoane (2010), expresan: “La escucha no significa resolver conforme sus deseos ya que sería depositar en el niño, niña o adolescente la decisión que compete al Tribunal”. (p.168).

El derecho de la participación de la niña, niño o adolescente también lo tenemos regulado en el Código de la Niñez y Adolescencia, así como en el Código de la Familia, en el que se le garantiza el derecho de ser escuchado ante autoridades administrativas y judiciales.

Artículo 17 Ley 287. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo, que afecte sus derechos, libertades y garantías, ya sea personalmente por medio de un representante legal o de la autoridad competente, en consonancia con las normas de procedimiento correspondientes según sea el caso y en función de la edad y madurez. La inobservancia del presente derecho causará nulidad absoluta de todo lo actuado en ambos procedimientos.

El Código de Familia en el artículo 448, establece básicamente lo mismo, hace referencia que deben de ser escuchados los niños, niñas y adolescentes bajo el régimen

de la autoridad parental y de forma obligatoria cuando hayan cumplido siete años de edad.

En cuanto a la aplicación de las medidas de protección, deben de evitarse la aplicación de aquellas que aunque sean legales son injustas, ej. En México, en casos de niños, niñas y adolescentes que se relacionan con sustracción internacional, procedimiento penal que se lleva en sede judicial, en el primer auto la autoridad judicial ordena que sea trasladado a un centro de protección hasta resolver sobre el fondo. En este tipo de proceso se violentan los derechos humanos de los niños y niñas consagrados en la Convención Internacional del Niño y aun en otras convenciones. (Cervera 2011) expresa que estos procedimientos están en detrimento de garantizarle al niño su autonomía como persona de suerte tal que el niño, niña y adolescente sigue siendo víctima de sus padres y del sistema que en aras de su interés decretan medidas injustas. Lo anterior da pie a que los niños y niñas objeto de sustracción, sean susceptibles de manipulación por parte del progenitor sustractor y trabaje en éste de tal manera que logre un alejamiento del padre por diversos motivos, según la doctrina se habla de alienación parental que el lavado de cerebro que hace el progenitor custodio y en este caso sustractor en contra del otro, sin embargo esta categoría no se encuentra aprobada por la OMS, consecuentemente no se puede invocar como una enfermedad de la psiquis, Brasil por su parte tiene legislado las lesiones contra las emociones por parte de los progenitores al igual que en Argentina existe una ley que penaliza la obstrucción de los padres a la relación, que es el hecho que se genera con la sustracción.

En muchos países latinoamericanos aún no se ha podido adecuar el sistema jurídico a este requerimiento internacional y se resuelve aplicando el procedimiento más expedito que permita el sistema jurídico, mediante la aplicación de normas del Derecho Civil, o bien, como en el caso de Nicaragua, aplica normas de Derecho de Familia, que aunque sean recientes no quedó establecido en el Código de Familia las particulares que caracterizan la sustracción internacional de menores y por ende el tratamiento procesal para la acción de restitución internacional. De tal manera que en

algunos países como México, en el trámite que se da, de forma inicial a las solicitudes de restitución no se toman en consideración la escucha previa del niño, niña o adolescente que ha sido sustraído, y actúan en su protección de forma tal que se le violenta este derecho., Según Cervera (2011), En México falta un procedimiento especial para esta acción y expresa:

Que en la actualidad.... No existe un procedimiento especial, dentro de las legislaciones federal o local, que facilite el trámite de la restitución. Los jueces de diversas entidades federativas mantienen criterios distintos, pues lo que hacen es aplicar la normativa vigente en sus Estados. (p. 72).

De tal manera que la falta de un procedimiento especial en los Estados suscriptores violenta los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes que son víctimas de sustracción internacional por uno de sus padres, porque la respuesta de la ley no se adecua a los tiempos modernos y porque la opinión y derechos de estos no están siendo respetados, por las entidades públicas. Cervera (2011), hace referencia a la respuesta de la comisión de Derechos Humanos en relación al derecho de participación de la niñez en juicios en los que se ventilen sus derechos.

En la Opinión Consultiva OC-17/2002 que responde a consulta solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en relación a la condición jurídica y derechos humanos de los niños, en razón de lo que dispone el artículo 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su numeral 10 contesta:

Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural, competente, independiente e imparcial, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción, audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica... sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas... (p. 67).

Para garantizar la defensa de los niños, niñas y adolescentes en situaciones de vulnerabilidad Nicaragua a creo la Procuraduría de la Familia, en los casos de sustracción internacional debe de darse intervención a esta institución, quien representa los intereses de la personas menor de edad que se encuentra en cuanto a la representación que hacen sus progenitores insegura, debido al contraste de intereses entre progenitores. El Ministerio de la Familia, adolescencia y Niñez, de acuerdo a la naturaleza de sus funciones vela porque se garanticen los derechos del niño, niña y adolescente, tiene participación como Autoridad Central y como Institución Estatal para velar por los derechos del niño, niña o adolescente en el proceso judicial.

2.4.5 Cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido

En esa excepción resulta muy compleja su interpretación por la abstracción y generalidad de la misma porque habría que determinar los principios fundamentales del Estado de refugio en materia de derechos humanos. No determina el mismo en qué sentido tendríamos que valorar en cuanto a las partes procesales o a la ponderación del derecho del niño, niña o adolescente involucrado.

Y la última condicionante es la contenida en el artículo 12 que básicamente establece el tiempo que se tiene para ejercitar el derecho a la acción que es de un año, y además añade que no procede la restitución habiéndose comprobado el apego al nuevo entorno del niño, niña o adolescente sustraído. Sobre este tema expresa Tagle (2011).

Esta excepción se describe como extraordinaria en oposición a las ordinarias tratadas. Resuelve la tensión entre los principios del orden público interno de un Estado contratante y el sacrificio que es legítimo exigir al padre desposeído por las vías de hecho en aras de supremo interés del niño. Los antecedentes los encontramos en Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales el cual se hallaba en vigor en varios estados miembros de la conferencia de La Haya cuando

estaba en debate la Convención. Se incorpora en la reunión final de octubre de 1980 como solución de compromiso para evitar que la introducción de una cláusula - o de una reserva- por la que el Estado requerido pudiese invocar los principios de su legislación en materia de derecho de familia para oponerse a la restitución, frustrara o vaciara de contenido el sistema instaurado. (p. 233).

Para la doctrina así como para el informe Pérez Vera, la violación a los derechos fundamentales se darían en el caso que en el lugar de residencia habitual se estaría dando una situación de gran envergadura en donde la vida y la integridad o desarrollo del niño, este en peligro. Ej. Guerra, exclusión de grupos, hambruna, epidemias etc.

III. Régimen Jurídico nacional e internacional relacionado con sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes en Nicaragua

3.1. La Convención Interamericana para la Restitución Internacional de menores

Esta Convención aprobada el quince de julio de 1989, en Montevideo Uruguay, siendo el depositario la Organización de Estados Americanos, Nicaragua se adhiere mediante Decreto No. 58-2002, publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 118 del 25 de junio del año 2002. Aprobada mediante Decreto de la Asamblea Nacional No. 3509 en fecha 20 de Marzo del 2003. Básicamente recoge la misma finalidad del Convenio de La Haya de 1980, con mayor especificación en los plazos en cuanto a la vigencia de las medidas que para tal fin tomen las autoridades centrales, la diferencia radica básicamente en el alcance territorial que tiene esta Convención en relación al de La Haya de 1980, ya que esta es aplicable para la región interamericana siempre y cuando ambos Estados involucrados sean partes. No profundaré sobre la misma, porque sería repetitivo en relación al contenido, sin embargo se hace necesario aclarar que Nicaragua tiene aprobado ambos instrumentos internacionales y que se aplican siempre y cuando el país solicitante sea firmante al respecto., el artículo 34 segundo

párrafo del Convenio de La Haya de 1980, establece que “la aplicación de este Convenio no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido, ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido”.

3.2. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño, establece las normas de Derechos Humanos que tiene la niñez como persona sujeta de derechos, reconociendo la dignidad de estos como personas y regula de manera especial los derechos con el fin de garantizar que en su aplicación se aseguren el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes mediante los principios rectores contenidos en él, Así entre estos principios citamos a López 2010, que los divide en: el principio de Interés Superior del Niño, no discriminación, derecho a la vida, supervivencia y desarrollo y el principio de participación mediante la opinión del niño, niña o adolescente. (pp. 306-309).

Esta Convención tiene relación directa con la sustracción internacional en dos sentidos, en cuanto a los compromisos que el Estado ha asumido en esta materia que se encuentra regulado en el artículo 11 que a la letra dice:

1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.
2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Y la otra relación con la sustracción internacional es la violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran consagrados en esta Convención, y que según la doctrina con el traslado ilícito o con la retención ilícita, así como con la obstaculización del derecho de visita, se le violenta drásticamente los derechos humanos que tienen las personas menores de edad involucradas en estos conflictos.

Es así que Estrada (2011), agrupa los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se ven violentados en la sustracción internacional, y para ello los clasifica en:

Grupo 1.- Principios y medidas generales:

Artículo 3: Interés Superior del Niño.

Artículo 6: Supervivencia y desarrollo.

Artículo 12: Opinión del niño.

Grupo 2.- Derechos y libertades Civiles

Artículo 8: Preservación de la identidad.

Grupo 3.- Entorno familiar y otro tipo de tutela.

Artículo 5: Dirección y orientaciones paternas.

Artículo 9: Separación de los padres.

Artículo 10: Reunificación familiar.

Artículo 11: Retención y traslados ilícitos.

Artículo 19: Protección contra malos tratos.

Artículo 20: protección de los niños privados de su medio familiar.

Grupo 4.- Nivel de vida y bienestar: Artículo 27: Nivel de vida.

Grupo 5.- Educación esparcimiento y actividades culturales.

Artículo 28: Educación.

Artículo 29: Objetivos de la educación.

Artículo 31: Esparcimiento, juegos y actividades culturales.

Grupo 6.- Medidas Especiales de Protección. (pp. 2-3)

La doctrina omite hacer énfasis en respetar los derechos de la niñez y adolescencia en estos tipos de acciones, enfatizando en primer lugar el derecho de adulto, aunque el Convenio de La Haya de 1980, de manera implícita garantiza el respeto a la identidad del niño, mediante el interés superior de este a regresar a su lugar en donde se ha desarrollado, en donde tiene su centro de vida, entiéndase lugar de residencia habitual, garantiza el Convenio de 1980, la participación del niño, mediante la escucha de este como una de las excepciones establecidas en el artículo 13 del mismo; aplicándose de esa manera el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de igual

manera vela porque se le garantice al niño, niña o adolescente el derecho a desarrollarse de forma integral, cuando de forma excepcional establece el no retorno inmediato si este implica detrimento en la psiquis del menor o en su integridad física.

Para asegurar el respeto a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, plasmados en la Convención sobre los Derechos del Niño, se hace necesario que cambiemos la forma de interpretar y de ver a los niños como un ser inferior y que tanto la familia, como las instituciones públicas garanticen los derechos en principio reconociéndole como tal, como otro igual en dignidad, con igualdad de derechos y con obligaciones de acuerdo a su edad. En la sustracción internacional de menores de edad, los primeros en no tomar en consideración la opinión del niño, niña y adolescente es la familia y de forma directa la persona que sustrajo. Ya que las condiciones para una vida plena, y de vivir en un ambiente armonioso y en familia, se ven completamente violentadas en una sustracción internacional., Así lo expone Estrada (2011), cuando expresa que no hacen caso al contenido del artículo 27 de la CIDN, se violenta de forma drástica en una sustracción:

La calidad de vida que se le ofrece a un menor cuando se expone a una situación de sustracción, dista mucho de lo expresado en este artículo, aun cuando el menor estando con el padre sustractor pueda recibir alimentos, vestido y vivienda, las circunstancias de los niños que son sustraídos están en riesgo de serios problemas emocionales y psicológicos. Las investigaciones demuestran cambios en los niños que son recuperados, experimentan a menudo una gama de problemas de inestabilidad e inseguridad emocional, que se manifiestan en ansiedad, problemas alimenticios, pesadillas, cambios de estado de ánimo, disturbios en el sueño, comportamiento agresivo, resentimiento, culpabilidad y angustia. Situación que viola el derecho del niño a la supervivencia y desarrollo. (p.4).

Si en los procesos judiciales no se le garantiza a la niñez y adolescencia una representación legal independiente a los intereses de sus progenitores, no se le estará

resguardando el derecho a defensa técnica y objetiva, porque los abogados de los progenitores velan por los intereses de los adultos y no de la niñez. De igual manera se exige de las autoridades que conozcan de los casos tanto administrativos como judiciales, preparación especializada en la materia para que la valoración de la escucha no sea desvirtuada por una interpretación sesgada que se dé al respecto. De tal manera que el interés superior del niño, en cuanto a garantizar sus derechos humanos, radica según el Convenio de La Haya de 1980, en el retorno inmediato del menor de edad, y en evitar inclinar este interés a favor de uno de sus progenitores. De tal manera que la participación del niño, niña y adolescente debe de ser valorada de acuerdo a su edad, grado de madurez y considerando el entorno en que este niño o niña ha crecido. El informe explicativo que Pérez Vera, hace en el punto 30 establece:

.... El Convenio admite asimismo que la opinión del menor respecto a la cuestión esencial de su retorno o no retorno pueda ser decisiva si, en opinión de las autoridades competentes, ha alcanzado una edad y una madurez suficiente. Por esta vía, el Convenio brinda a los menores la posibilidad de convertirse en intérpretes de su propio interés. Es obvio que esta disposición puede llegar a ser peligrosa si su aplicación se traduce en interrogatorios directos a jóvenes que pueden, ciertamente, tener conciencia clara de la situación pero que pueden asimismo sufrir daños psíquicos graves si piensan que se les ha obligado a elegir entre sus dos progenitores.

3.3. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Cedaw

Nicaragua aprobó y ratificó esta Convención mediante Decreto Ejecutivo No. 789 del día 10 de agosto de 1981, publicado en la Gaceta Diario Oficial No. 191 del veinticinco de agosto de 1981, quedando como Estado Parte de la CEDAW, el 27 de octubre de 1981.

Percatamos que el artículo 16 de la Convención relacionada, establece el principio de igualdad de trato y los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, en materias relacionadas con sus hijos, en todos los casos los intereses de los hijos serán de consideración primordial. En la sustracción internacional, según se observa en la práctica nace de un conflicto familiar que tiene sus antecedentes arraigados a múltiples causales, que desencadena en la sustracción, muchas de las motivaciones que llevan en su mayoría a la sustractoras (madres), a fundamentar la oposición de la excepción de “Grave riesgo en la integridad física y psicológica del niño, niña o adolescente”, es precisamente el haber vivido violencia en el país de residencia habitual. Lo que hace imperiosa la necesidad de actuar bajo el principio de “Debida Diligencia” en la correcta aplicación del debido proceso, en primer lugar en cuanto al niño, niña y adolescente y en la protección a la mujer. En el marco del Convenio de La Haya de 1980, las autoridades judiciales tienen que ser diligentes en actuar bajo el marco de la cooperación internacional en la búsqueda de la verdad de los hechos que relaciona la parte que se opone a la restitución. Es por ello que varios autores sostienen lo difícil de la aplicación del Convenio de La Haya de 1980, cuando existe la pluralidad de normas jurídicas así lo expresa Picón (2007), cuando se refiere que “El pluralismo jurídico parte de la necesidad de una interpretación pluricultural de las leyes, es decir, del reconocimiento de diferentes funciones, contextos y fines sociales de las distintas normas jurídicas”.

Nicaragua tiene aprobado convenios internacionales que garantiza el derecho del niño y de las mujeres, además hay que considerar en un caso concreto que ley es aplicable también en el país de residencia habitual y si esta también es país suscriptor de los convenios que Nicaragua es parte, aunque la sustracción internacional para que opere bajo lo establecido en el Convenio de la Haya de 1980, ambos países tienen que ser Estados firmantes., Por lo que deben las autoridades que conocen ampliar la aplicación e interpretación de las normas tanto en el plano internacional como en el plano nacional. Para ello resulta es vital importancia el aporte que puedan hacer las autoridades centrales y judiciales

del país de residencia habitual del niño, para determinar si existe algún tipo de antecedentes de violencia que se haya ventilada ante autoridad competente.

3.4. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer

Nicaragua aprueba esta Convención mediante Decreto Asamblea Nacional No. 1015, del 23 de agosto de 1995, Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 179, del 26 de septiembre de 1995. Ratificada mediante Decreto No. 52-95, el día 6 de Octubre de 1995, publicado en La Gaceta No. 203 del 30 de Octubre del mismo año. Conocida como Belem do Pará.

Esta Convención es más específica en las obligaciones que impone a los Estados firmantes para erradicar todo tipo de violencia, en el artículo 7, establece una serie de obligaciones de las cuales establece el principio de actuar toda autoridad con la debida diligencia, adecuar la normativa interna para prevenir y erradicar toda forma de violencia y sancionarla una vez que se comprueba la existencia de esta y la continuidad de la misma. El deber de tomar todas las medidas apropiadas, para erradicar practicas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer, así como establecer procedimientos justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia.

Nicaragua, como país suscriptor de los cinco convenios internacionales antes relacionados, el de sustracción internacional de menores, el de Restitución internacional de menores, la Convención sobre los Derechos del Niño, y estas dos últimas referida a la erradicación, prevención y sanción de la violencia, en casos en donde se invoca las excepciones de grave riesgo, requiere hacer una interpretación sistemática y no restrictiva de la excepción que se alegue fundamentada en la violencia, como lo aconseja la Convención de La Haya de 1980; ya que la autoridad judicial nicaragüense debe en primer lugar proteger, mediante medidas provisionales, mientras se busca la verdad, que inicialmente la

carga de la prueba la tiene que presentar la parte que excepciona o bien deberá hacer uso de las comunicaciones judiciales directas para poder tener una valoración bilateral de las circunstancias que rodean el hecho. No hacerlo desvirtúa el espíritu del Convenio de La Haya y vulneraría el derecho del niño, niña y adolescente y de la que lo representa en este caso la persona que lo sustrajo. En este sentido el artículo 16 literal f, Belem do Pará.

f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

Así es considerado por autoridad judicial que en el considerando tres, numeral tres de la sentencia de restitución internacional del expediente No. 006437- ORM5-2013 FM:

... al respecto la suscrita Judicial observa,... una situación de desigualdad entre actor y demandada que deviene de las circunstancias siguientes: ... el actor ha tenido la oportunidad de conseguir cuanto documento ha considerado necesario... tanto en instancias públicas, como en fuentes privadas, presentándolos en debida forma... Por su relación directa con las instituciones. ...c. La demandada ha gestionado ante el consulado regional en Guatemala con resultados infructuosos obteniendo únicamente la recomendación de que debe acudir a los servicios de traductor autorizado que se encuentra a nivel regional solo en Costa Rica. ... Esta falta de oportunidades y recursos de la demandada constituye una forma de discriminación en su contra que la priva del goce efectivo de sus derechos humanos y libertades fundamentales pues afecta concretamente en este caso su derecho de acceso a la justicia y por tanto su derecho a igual protección de la ley... fundamenta en los artículos 1 y 2 de la CEDAW.

En América Latina se está presentando una tendencia marcada al alegar violencia intrafamiliar como uno de las causales de la sustracción, y que esta circunstancia pone al menor de edad sustraído en grave riesgo, al respecto La Haya ha dado seguimiento a algunos casos en donde se ha alegado la violencia como causante así como los fallos que los tribunales han dado al respecto, con respuestas variadas, unos amparando con la detección de violencia, otros rechazando si esta no afecta de manera directa al niño, niña o adolescente y otras observando qué tan controlable puede ser esta circunstancia en el país de retorno. Así Goicoechea y Castro (2014) exponen:

Estados Unidos, 13-6-2013, Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito: Souratgar v. Fair, 720 F. 3d. 1240. Se sostuvo que si bien se habían demostrado situaciones de violencia doméstica en contra de la madre, como ellas no habían afectado al niño no llegaban al nivel requerido para calificar en la excepción del artículo 13.b. Se ordenó la restitución a Singapur.

En este caso se ordenó la restitución conforme el espíritu del Convenio de la Haya de 1980, sin embargo, resulta interesante resaltar dos indicadores que el tribunal menciona, uno de ellos es, “que la violencia doméstica en contra de la madre, no habían afectado al niño” y el otro es “el nivel requerido”, lo que deriva en preguntarnos, ¿quién establece ese indicador de nivel requerido?, y hasta qué punto estaríamos garantizando una integralidad del desarrollo del niño en su propio interés, en donde la Madre es víctima de violencia?.

El otro caso que exponen es cuando no se da lugar al retorno del menor por faltar garantías de protección por parte del solicitante. En este sentido Goicoechea y Castro (2014), citan el siguiente caso:

Estados Unidos, 9-5-2008, Tribunal de Apelaciones del Circuito 11: Baran v. Beaty, 526 F. 3d, 1340. Aunque la violencia se había ejercido contra la madre, se consideró que estos hechos y el abuso de alcohol del padre generaban riesgo

para el niño. El padre tampoco había ofrecido compromisos que permitieran asegurar el regreso del niño. Se rechazó la restitución a Australia.

Consideramos importante observar cómo el tribunal ponderó en favor del niño, las posibles circunstancias que podían acaecer por la falta de idoneidad que tuviera el padre por el problema de adicción, tal valoración que hace el tribunal implícitamente penetra a hacer consideraciones de fondo sobre el ejercicio de la custodia., que aunque la resolución diga no se da lugar a la restitución del menor, obedece porque la aptitud del otro padre no llena los estándares de responsabilidad que se requiere, para que se le garantice a un menor de edad, desarrollarse plenamente.

Cabe señalar que Estados Unidos no tiene aprobado ni ratificada ninguna de las Convenciones que tengan que ver con la protección de la mujer en casos de violencia. Aunque han desarrollado programas de protección en este tema. En ese sentido también encontramos en la misma ponencia de Goicoechea y Castro (2014), el siguiente caso de valoración de Violencia doméstica:

Australia, 5-11-2010, Tribunal de Apelaciones, Harris V. Harris. Fam. CAFC 221. Se probó severa violencia contra la madre, y aunque se entendió que el niño no había sido agredido directamente, se consideró que la violencia a la madre afectaba gravemente al niño. Se determinó que no había manera de dictar medidas que protegieran a la madre de una situación de vulnerabilidad y por ende poner al niño en una situación intolerable. Se rechazó la restitución.

En Uruguay encontramos también el rechazo a la solicitud de restitución internacional en indicadores de violencia. Según presentación de Goicoechea y Castro (2014),

Uruguay, 3-8-2012. Corte Suprema de Justicia: Casación, IUE 9999-68-2010 (1185). El transcurso del tiempo, llevó a valorar el daño que le generaría al niño la restitución, además el padre, presentaba características peligrosas. Se rechazó la restitución por considerarse que el retorno no sería seguro.

En esta sentencia, habrá que observar cuáles eran esas características peligrosas que no se señalan, y que llevaron a los juzgadores a no dar lugar a la misma. Por ello creemos de vital importancia que la valoración de las pruebas, bien sean aportadas por la persona que excepciona o bien que la autoridad judicial las requiera por medio de coordinaciones y comunicaciones judiciales directas, son de suma importancia para que exista objetividad y valoración de la prueba en base al principio de igualdad y el debido proceso. Debemos señalar que Uruguay cuenta con una ley especial para dar trámite a la restitución internacional de menores, que nació de la ley modelo que para tal efecto la oficina permanente de la Haya trabajó con el ánimo de estandarizar el procedimiento para la aplicación del Convenio de La Haya 1980.

No hay que perder de vista que el Convenio de la Haya de 1980, ha sido aprobado y ratificado por 92 países del globo, lo que implica que, en dependencia de los Estados solicitantes así debe de estudiarse tanto la legislación como las circunstancias de ambos países, tomando en consideración que instrumentos internacionales tienen aprobados estos países y cuáles no, para proceder conforme el ordenamiento. Para ello el Convenio reserva el derecho de hacer acuerdos bilaterales para la aplicación de este.

Nicaragua siendo suscriptor de ambos Convenios que protegen a las mujeres contra la violencia y que asume la obligación de prevenir, sancionar y radicar los mecanismos y costumbres contra la violencia, tiene la difícil tarea en estos casos de observar la letra de la ley para determinar en el conglomerado de circunstancias el mejor interés del niño, niña y adolescente.

También encontramos que la falta de responsabilidad en asumir las obligaciones que se derivan de la filiación, así como el aprovechamiento de las normas internacionales para buscar su propio interés, son objeto de valoraciones que deben considerar los tribunales que conocen de casos de sustracción, por ejemplo, encontramos que Argentina, rechaza la restitución de un Padre que reside en España, por la priorización que hizo de su propio interés migratorio.

Partes: Defensoría Civil y Familia de 3º Nominación por E. M. D. c/ P. P. F. s/ restitución del menor E. P. C. D. Tribunal: Juzgado con competencia en restitución internacional de menores, Fecha: 4-jul-2013. Cita: MJ-JU-M-79938-AR | MJJ79938 | MJJ79938. Considerando que el padre reclamante tiene residencia provisoria en España, no acredita tener vivienda propia, ni surge de autos que tenga trabajo estable, existiendo además serios indicios de que desearía la restitución del niño como una herramienta para no ser expulsado de dicho país, se rechaza el planteo de restitución internacional incoado.

3.5. Constitución Política

La Constitución Política de la República, acoge a la familia como una de las instituciones a resguardar y proteger de manera especial, establece que se instituye mediante la voluntad heterogenia de hombre y mujer, independientemente de la forma que escojan para conformarla, bien en matrimonio o unión de hecho (artículo 72 Cn.); establece igualdad ante las responsabilidades de ambos progenitores en garantizar el desarrollo integral de sus hijos e hijas. Así señalamos mismo que garantiza a los niños y niñas la protección debida desde el momento de su gestación hasta lograr alcanzar la mayoría de edad. (Artículo 73 Cn.).

También la Constitución Política asume y acoge el contenido de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. (Artículo 71.2 Cn.), y asegura en sí todos los derechos y garantías para el respeto de los Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes. De la carta fundamental se derivan los derechos consagrados tanto en la codificación referida a la niñez y a la familia. Relacionado de forma implícita con la sustracción internacional de menores, encontramos el artículo 71 y 73 de la Cn.

3.6.- Código de Familia.

El Código de Familia se ha venido relacionando en el desarrollo de este trabajo y refiere en su artículo 20 la Sustracción Internacional y la aplicación de los Convenios relacionados.

Art. 20 del Código de Familia: ... La restitución de niños, niñas y adolescentes que de manera ilegal hayan sido trasladados a cualquier estado extranjero, se regulará por lo establecido en los tratados internacionales respectivos, siempre y cuando en ellos no se vulneren derechos fundamentales de los nicaragüenses.

La Restitución Internacional de los niños, niñas y adolescentes sustraídos garantiza, según el contenido del Convenio de La Haya de 1980, el interés superior del niño, principio rector del derecho de familia que es obligatorio estimarlo en todo tipo de decisión que tenga relación con los derechos de estos. Este Principio se encuentra regulado en los artículos 2 y 440 del Cf., este último artículo refiere en su contenido la capacidad progresiva del menor de edad, para efectos de que sea valorada su participación considerando “la evolución de sus facultades”. En virtud de la valoración y determinación del interés superior del niño, se estableció este principio en el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño; para su materialización es importante tomar en consideración que este principio, es un “Derecho subjetivo de consideración primordial, es un Principio que debe ser transversal en toda la legislación y es una Regla de Procedimiento, que implica una serie de garantías en la evaluación y determinación del Interés Superior del Niño”. Según lo expone Cardona (2013), quien refiere la observación No. 14 del Comité sobre los Derechos del Niño.

En el Código de Familia se encuentra plasmado el principio de Interés Superior del Niño, en muchas normas de forma transversal, sin embargo también puede y debe relacionarse con los principios generales y particulares que establece esta codificación, contemplados en el capítulo II del Libro VI, los artículos del 435 al

451 Cf., entre ellos podemos mencionar el principio de participación del niño, niña y adolescente que se plasma en el artículo 448 del Cf., con el cual guarda íntima relación el interés superior del niño, niña y adolescente, pero también encontramos armonización en respuesta al conflicto familiar en general, mediante la aplicación de los otros principios procesales como los de oralidad, inmediatez, celeridad procesal, libertad probatoria, concentración, impulso procesal de oficio, libertad de forma relativa y flexible el que repudia el exceso del ritualismo, así como los principios especiales encontramos, el interés superior del niño ya referido, el de coordinación interinstitucional, búsqueda de la equidad y equilibrio familiar, abordaje social integral e interdisciplinario, escucha del menor; algunos de estos principios, no los desarrollo con amplitud, sino que se enuncian con el fin de que se observe que en el proceso de restitución internacionales todos ellos, son aplicables.

En cuanto al proceso judicial en el Derecho de Familia, está dividido en dos etapas, la primera fase es escrita que comprende demanda y contestación y la segunda fase es oral, establecida en tres audiencias. Entre ellas está la audiencia inicial, que tiene sus objetivos establecidos en el artículo 524 Cf; la que básicamente es una audiencia de orden, pues se requiere establecer las pretensiones o bien el ajuste de éstas, conciliar aquellos puntos que son susceptibles de llegar a un acuerdo, y de no llegar a acuerdos, se establecen los puntos litigiosos, se observa la pertinencia de las pruebas propuestas en los primeros escritos o bien las que hayan presentado en audiencia, como hecho sobrevenido, se resuelve sobre las medidas cautelares solicitadas, si se promueve incidentes o excepciones en debida forma, deberá de escucharse a la contraria y resolver en la misma audiencia y se cita para audiencia de vistas.

En la audiencia de vista de la causa, establecida en los artículos 429 y 430 del Cf., el desarrollo de esta audiencia, inicia con indicaciones generales del judicial en el comportamiento de la audiencia para cada una de las partes, deberá hacer cada representación legal hacer el repaso de sus pretensiones (alegatos iniciales), el

desarrollo de las pruebas que fueron admitidas en audiencia inicial y los alegatos finales de los representantes de cada una de las partes y de las instituciones públicas intervinientes.

El sistema de valoración de la prueba es de íntima convicción, por lo que es necesaria la capacitación constante a los judiciales, la deliberación puede ser hecha bien en audiencia de vista de la causa o bien se da el tiempo no mayor de cinco días para la elaboración de la sentencia conforme a los artículos 537 y 538 del Cf., habiendo citado en audiencia para la lectura de sentencia de acuerdo a lo plasmado en los artículos 536 y 544 Cf., se le da el derecho a las partes de hacer uso de los medios de impugnación si recurrieran de apelación, ésta es admitida en audiencia y se le otorga el término de cinco días comunes a ambas partes para presentar los escritos en donde expresen su interés y se realizará una única audiencia tal a como lo mandata los artículos 545 y 546 del Cf., en dependencia de la complejidad del asunto, el Tribunal de apelaciones citará a audiencia de lectura de sentencia en el término de cinco día. Leída la sentencia se deberá dar a las partes el derecho que tienen de interponer el recurso de Casación, de hacerse uso de este derecho, se le otorga el término de 15 días comunes a ambas partes para que sustenten sus intereses mediante escrito ante la Sala de Familia de la Corte Suprema de Justicia, quien tendrá el termino de 30 días para dictar la sentencia.

En este Código de Familia se regula las reglas de emplazamiento mediante el auxilio judicial y la flexibilidad para solicitar el apoyo, haciendo uso de lo dispuesto en los Convenios internacionales, de los que Nicaragua sea parte, de tal manera que la forma en que debemos comunicarnos en materia de sustracción es a través de las coordinaciones entre autoridades; esto se encuentra amparado mediante el artículo 515 del Cf., que en su partes conducente dice: "... Si el domicilio de la parte demandada se encontrare en el extranjero se procederá de conformidad con lo dispuesto en los instrumentos internacionales de los que Nicaragua sea parte, o en su defecto mediante comisión rogatoria." En esa misma lógica, el último párrafo del artículo 514 Cf., establece que:

El Juez o Jueza podrá aceptar la proposición, que le hagan las partes, de formas especiales de notificación que el desarrollo tecnológico permita, como pueden ser los medios electrónicos, en cuyo caso, el acto se tendrá por notificado veinticuatro horas de su realización o envío.

Así mismo se reguló dentro del Código de Familia, el auxilio judicial internacional, para la ejecución sentencias dictadas en países extranjeros de acuerdo con los Convenios Internacionales. Estas serán tramitadas inicialmente en la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, quien elegirá el Juzgado de Familia Competente que lleve a cabo la ejecución, quien podrá hacer uso de todas las medidas que le permita esta legislación para llevar a efecto lo ordenado.

Es importante mencionar que esta Ley No. 870, no deroga lo relativo al exequatur, que tenemos establecido en el Código Procesal Civil, y que no deja de ser también una vía que puede ser utilizada por los solicitantes, lo que vendría a desvirtuar la lógica del Convenio de La Haya de 1980, en relación a la concentración de autoridad central y Judicial, así como en la lógica de lo que plantea este Convenio como norma general, el retorno inmediato del menor y de forma excepcional el no retorno por causales justificadas. La existencia de la posibilidad que tienen de acudir a la vía del exequátur daría lugar a que se llevare un sub registro en cuanto a la aplicación del Convenio de La Haya de 1980. De tal manera que para evitar esta práctica incorrecta, la capacitación de la autoridad judicial en todas las instancias es necesaria, al igual que el personal auxiliar, para que al tener conocimiento de una solicitud de ejecución de sentencia extranjera por la vía de exequatur, se cumpla de forma pertinente con el ordenamiento interno y externo, dando el trámite debido.

En Nicaragua solamente tenemos un ejemplo de una solicitud de restitución de una niña con lugar de residencia habitual en Estados Unidos, solicitud que inició su primera fase mediante el trámite administrativo y al momento de judicializar el proceso, en vez de seguir lo establecido en el Convenio de La Haya de 1980 y las

indicaciones generales del Protocolo de aplicación, presentó vía exequatur, la ejecución de sentencia, lo que fue admitido y orientado el cumplimiento de la sentencia en la Sala Civil, al Juez del lugar en donde se encontraba la niña. Resulta de igual manera interesante el contenido de la Sentencia que se ejecutó que en su parte conducente dice:

Corte del Circuito, Circuito Judicial Onceavo En y Para el Condado de Dade, Florida, EEUU, se dictó sentencia de orden de custodia, el día 31 octubre del 2012, en la caso número 2012-024670-FC, división 26, Juez STANFORD BLAKE, por la cual ordena a los Sheriffs del Estado de Floridas, o cualquier otro agente del orden público, autorizado por ese estado o en cualquier Estado o país tomar de inmediato la detención de la niña de cualquier persona que la tenga en posesión y colocarla en la custodia física de su madre.

La niña relacionada en la cita, se encontraba con el padre, la autoridad Judicial designado para ejecutar acató la orden de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, de proceder a la entrega de la niña, para ello hizo uso de las medidas que tuvo a su alcance para lograr la ejecución., la niña retornó a su país de residencia habitual. Y el expediente se identifica en Nicaragua con el No. 001336-ORN1-2014-FM. Sin embargo, me parece importante criticar el alcance de la competencia judicial, que refleja el Juez de Estados Unidos en la sentencia relacionada cuando plasma en el contenido de la misma, que su orden deberá de cumplirse en el lugar donde se encuentre la niña, sea este Estado miembro de la Unión de Estados Americanos, así como cualquier otro país. De tal manera que si el derecho se caracteriza por ser territorial, el alcance de la competencia de cualquier juez o jueza es únicamente dentro de su territorio, excepto las Cortes Internacionales, lo que no es el caso. De tal manera que me parece un abuso de competencia lo establecido en la sentencia ejecutada., ya que para tal efecto el convenio de La Haya de 1980, establece básicamente que el Juez competente para ordenar el retorno inmediato de un niño, niña o adolescente es la autoridad judicial del país de refugio., mediante la aplicación de las normas contenidas

en el convenio relacionado, lo que no fue el caso, porque se siguió bajo el procedimiento del Exequátur.

En Europa para evitar la confusión de aplicación de normas en ejecución de sentencia, es aplicable en los países de la Unión Europea, el reglamento 2201/2003 que establece en su contenido dos figuras importante a resaltar, la competencia de los judiciales y la eliminación del exequátur con respecto al convenio de la Haya de 1980, según lo expone Reig (2015).

...el Reglamento 2201/2003 introduce foros de competencias en materia de sustracción internacional de menores. Pero es que esta es quizá una de las aportaciones diferenciadoras del reglamento -sin duda, junto a la medida de eliminación del exequatur- con respecto al convenio de la Haya de 1980 donde no se establecía una normativa expresa relativa a la atribución de competencia judicial internacional... (p.256).

3.7.- Código de la Niñez y Adolescencia.

Este Código establece de forma específica los derechos humanos de los niños y niñas y adolescentes, desarrollándolo en dos libros la parte sustantiva y la procesal; en relación al proceso, es abordado de manera concreta en el proceso penal especializado de adolescente, que por no ser pertinente a este tema, solamente se relacionarán los artículos que guardan relación con la sustracción internacional, así tenemos en el artículo 28 CNA,

Las niñas, niños y adolescentes no serán trasladados ni retenidos ilícitamente dentro o fuera del territorio por sus madres, padres o tutores, lo que estará sujeto a los tratados internacionales suscritos por Nicaragua y a las leyes vigentes del país.

El Código de la Niñez y Adolescencia, también establece el principio de libre movilidad de los niños, niñas y adolescentes, siempre y cuando se cumplan con la normativa establecida en el artículo 29 del mismo Código que dispone que para que el menor de edad salga del país deberá de contar con el permiso de salida firmado por ambos progenitores tal a como lo establece el artículo 83 de la Ley No. 761 Ley de Migración y Extranjería y artículo 29 y 30 del Reglamento de esta ley mediante Decreto No. 31-2012.

Además de los derechos relacionados con la sustracción internacional, establece los derechos que garantizan el desarrollo integral de la niña, niño y adolescente, entre ellos tenemos el derecho a vivir en un ambiente armonioso, a tener relaciones con ambos padres y familiares de estos. Regula de igual manera la participación de los menores de edad a través de la escucha en los procesos administrativos que ya fue desarrollado ampliamente en el acápite del Código de Familia.

Es importante hacer mención que este Código establece el derecho a todo niño, niña y adolescente a no ser separado de su familia, a menos que el hecho de estar juntos implique un riesgo para el desarrollo integral de este, así lo establece el artículo 21 que a la letra dice:

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su familia, por lo que no deberán ser separados de su madre y padre, salvo cuando la convivencia con uno o ambos padres representen un peligro para la vida, integridad física y desarrollo integral del menor.

En virtud de lo anterior, el hecho de sustraer a una persona menor de edad del entorno familiar también deberá de ser justificado en beneficio e interés del niño, niña o adolescente primordialmente y no a voluntad del adulto que ejerza sobre esta autoridad.

4.8.- Protocolo de actuaciones para la aplicación del convenio de sustracción internacional.

El Protocolo ya ha sido relacionado anteriormente y aunque no es una norma, es el documento interinstitucional que nos guía en Nicaragua, para la aplicación del Convenio de la Haya de 1980. El que ha sido de mucha utilidad ante la ausencia de una normativa que nos guíe ha logrado coordinar entre la Autoridad Central, Autoridad Judicial, Defensoría Pública, Policía Nacional, Dirección de Migración y Extranjería y el Ministerio de Relaciones Exteriores. Cuenta con la siguiente estructura: parte considerativa, principios rectores, instituciones públicas involucradas, finalidad y alcance. El procedimiento de restitución internacional como Estado Requirente, Procedimiento Administrativo de Restitución Internacional como Estado Requerido, Procedimiento Judicial como Estado Requerido y Normas Generales. Hasta el momento es instrumento que nos ha ordenado como país, para efectos de llevar registro tanto de expedientes como de datos estadísticos. Este documento establece los pasos a seguir en el proceso administrativo ante la autoridad central y las formas particulares en que se debe delegar a la defensoría pública, en el caso que ambas parten soliciten el servicio de asesoría gratuito y la parte judicial que inicialmente estandarizó y en la actualidad remite al proceso de familia regulado en el Código.

IV. El Procedimiento de Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes en Nicaragua.

4.1. Procedimiento administrativo (Autoridad Central).

El procedimiento administrativo de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes, inicia con la solicitud que la persona agraviada en el derecho de custodia o de visitas, acude para tal efecto ante la autoridad central del lugar de residencia habitual y esta autoridad procede a enviar la solicitud de restitución internacional a la autoridad central en Nicaragua; la Dirección de Restitución de Derechos del Ministerio de la Familia, Adolescencia y Niñez, es la encargada de recepcionar la

solicitud y mediante comunicaciones judiciales directas entre autoridades centrales, se procede al cumplimiento de los requisitos que para tal efecto señalan ambos Convenios Internacionales; (artículo 8 del Convenio de La Haya de 1980 y artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional). Reunidos los requisitos se procede a llenar un formulario estandarizado a nivel latinoamericano, de la solicitud de restitución, si el niño o niña, está ubicable, inicia el proceso con la primera citatoria a la persona que sustrajo al menor de edad, si la niña, niño o adolescente no es ubicable, la autoridad central en uso de las facultades que le concede el artículo 7 del Convenio de la Haya de 1980, debe ante todo decretar o solicitar las medidas que considere conveniente para localizar al menor de edad sustraído, mediante el auxilio policial y solicitar la retención migratoria para evitar que el niño, niña y adolescente sea trasladado a otro estado. Esta última medida, según lo establecido en el Protocolo en el artículo 44, deberá ser solicitada en sede judicial.

Localizado el niño, niña o adolescente sustraído, e iniciado el expediente administrativo, se procede a citar en tres días a la persona que sustrajo, para que comparezca ante la autoridad central y procurar el retorno voluntario del menor de edad, en la búsqueda de acuerdos. Si hay acuerdos, se levanta acta y se procederá a dictar la resolución administrativa al respecto, garantizando las medidas que hagan efectivo el retorno al lugar de residencia habitual.

Si él o la sustractora no comparece a las citatorias o bien compareciendo no está de acuerdo en retornar al niño, niña o adolescentes, procede entonces a levantar acta de no acuerdo y se dicta la resolución administrativa de no acuerdos y de judicialización del proceso. De todo el proceso administrativo se mantiene informado mediante correo electrónico o bien vía telefónica a la Autoridad Central del país adquirente para que esta notifique al interesado. (Ver anexos flujograma del proceso administrativo).

Si la parte solicitante expresa no tener dinero para asumir el pago de la representación legal privada, debe solicitar mediante formato el servicio gratuito de la Defensoría Pública. Notificada la resolución y hecha la solicitud de representación, la Autoridad

Central remite a la Defensoría Pública para que demande en la vía judicial la Restitución Internacional del menor sustraído. Debiéndose abstener tanto la representación gratuita del Estado, como los representantes privados, de instar acciones que busquen como legalizar el hecho ilícito de la sustracción. Todo conforme el artículo 49 del Protocolo de Actuaciones aplicado en Nicaragua.

Las partes o sus representantes, se abstendrán de ejercer otras acciones judiciales relativas a la autoridad parental (crianza, representación legal, custodia, régimen de comunicación y visitas) en tanto la solicitud de restitución internacional y de derecho de visitas, se encuentren en trámite...

La Autoridad Central tiene la potestad de denegar la tramitación de las solicitudes de restitución internacional, tanto como Estado Requirente como Estado Requerido, siempre que no reúnan los requisitos de admisión es decir, cuando se constate que no hay violación al derecho de custodia o derecho de visita.

La solicitud como país requirente está de igual manera regulada en el Código de Familia y la Autoridad Central se encarga de darle seguimiento administrativo mediante comunicaciones relativas al desarrollo del proceso de restitución que se lleve en el otro Estado. Debiendo mantener informado a la parte solicitante, de igual manera mediante coordinaciones administrativas, así como judiciales, en el caso de ser necesario de requerir representación legal gratuita para los nicaragüenses, se busca y solicita la ubicación de organizaciones y abogados que quieran colaborar. Siempre y cuando exista este servicio en el país requerido.

4.2. Procedimiento Judicial.

4.2.1 Particularidades del proceso

El proceso judicial inicia con la presentación de la demanda que debe de cumplir los requisitos especiales establecidos en las solicitudes de restitución internacional

relacionados anteriormente en el trámite administrativo; al igual que debe de cumplir con el artículo 501 del Código de Familia, referido a los requisitos de la demanda; referido a los requisitos de la demanda, deberá adjuntar el Certificado de la Resolución Administrativa emitida por la Autoridad Central de haber agotado la vía administrativa, debiendo de aportar todas las pruebas que sean necesarias relacionadas con el interés. Si el niño está localizable se procede a emplazar a la persona que sustrajo, se decretan medidas preventivas de retención migratorias para evitar que el niño, niña o adolescente sea trasladado, de igual manera podrá decretar cualquier medida que a solicitud de parte o bien de oficio considere conveniente para garantizar el mejor interés del menor de edad involucrado, establecidas en el artículo 459 del Cf.

4.2.2 De las medidas provisionales

Las medidas provisionales cautelares pueden ser solicitadas aun de forma independiente antes de la demanda, sin embargo estas medidas casi siempre se piden dentro del proceso principal y podrán ser tramitadas con carácter de urgencia. La autoridad judicial en el mismo auto de emplazamiento, podrá dictar las medidas provisionales conforme el artículo 459 Cf; que establece una lista de medidas de las cuales se pueden decretar según sean requeridas a solicitud de parte interesada o bien que el Judicial considere necesario hacerla dentro de las pertinentes, están la de retención migratoria, alimentos provisionales y la localización o separación de la persona en relación al niño, etc. En base al principio de celeridad procesal la autoridad judicial deberá poner en conocimiento a las Instituciones del Estado involucradas directamente en los procesos de familia, Procuraduría de la Familia, conforme los artículos 475 y 520 Cf., para que representen los derechos de la persona vulnerable en el proceso que en estos casos siempre es la niña, niño o adolescente y al Ministerio de la Familia, para el seguimiento respectivo del caso.

4.2.3 De la forma de dar tramitar las excepciones

Emplazada el o la sustractora, debe contestar siempre, tal a como lo mandata el artículo 502 del Cf., en la que podrá allanarse, total o parcialmente a la demanda de restitución internacional o bien podrá oponerse mediante la interposición de excepciones taxativas establecidas en el Convenio de La Haya de 1980., artículos 12,13 y 20, relacionadas anteriormente, además de las excepciones que considere a bien alegar, conforme al derecho común. Deberá acompañar las pruebas que acrediten su oposición, o bien solicitar las que necesite con auxilio de las comunicaciones judiciales directa entre ambos países.

Contestada o no la demanda conforme al espíritu del artículo 519 Cf., se continuará con el proceso y se cita para Audiencia Inicial, conforme lo establece el artículo 524 Cf; en éste se plasman las finalidades de esta audiencia y entre ellas se encuentra resolver las excepciones o incidencias que se hayan promovido por escrito o bien de las surjan en la audiencia. En este punto considero importante aclarar, que por la naturaleza del caso y por la complejidad que implica conocer ambos régimen jurídicos involucrados y la verificación o colaboración de informes de otros países, en donde se requiere coordinar tiempo, horario e idiomas, no es recomendable que la autoridad judicial que conoce de estos casos, resuelva las excepciones planteadas en la audiencia inicial, por lo que en garantía del debido proceso, de la participación del niño y de las cooperación internacional es necesario que se proceda con la continuación del proceso y se desarrolle la litis con la evacuación de pruebas en audiencia de vista de la causa, en la que ambas partes tendrán el tiempo prudencial, ya previsto por el legislador, para hacer uso de sus estrategias y que la autoridad judicial cuente con pruebas necesarias para poder fallar de forma objetiva.

Para ello es necesaria en el tiempo entre el emplazamiento y la fecha de audiencia de vistas, que se hagan uso de todos los medios de comunicación audio visual, para garantizar la participación de ambas partes, que se solicite la colaboración internacional de las autoridades centrales y que se busque información sobre el

régimen jurídico del otro país o bien la jurisprudencia de ambos para que las decisiones que se vayan a tomar sean realmente ejecutables y respetadas en ambos Estados.

No hay que olvidar que el niño, niña y adolescente debe de ser escuchado siempre, según los artículos 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículo 17 del Código de la Niñez y Adolescencia y artículo 448 del Código de Familia. So pena de pedir la nulidad del proceso. También hay que considerar que según el informe Pérez Vera, así como la Observación número 12 de la OEA, explican que la escucha de los menores de edad se puede hacer a través de un experto del consejo técnico asesor, que de acuerdo al perfil debe ser auxiliado por un especialista en psicología si lo considera conveniente.

Evacuadas las pruebas, y teniendo la suficiente información que hayan aportados las partes, quienes están obligadas a probar o bien que las haya solicitado la autoridad, deberá esta proceder a dictar la sentencia, la leerá en audiencia de lectura de sentencia, dando oportunidad a las partes de hacer uso del recurso de apelación.

4.2.4. De la sentencia y las coordinaciones para la ejecución.

La sentencia que resuelva de la Restitución Internacional deber de contener los requisitos que para tal efecto establece el artículo 538 del Cf. Entre los cuales citamos los incisos g) y h) que rezan así:

... g) aplicación de las medidas de protección o la continuación de las ya existentes; h) detalle lo más amplio posible de la forma en que se cumplirá la decisión y si fuere el caso, estableciendo los períodos y forma de revisión y supervisión de las medidas adoptadas...

Es recomendable que la sentencia establezca los mecanismos y coordinaciones internacionales para lograr la efectividad de la misma y garantizar el retorno seguro del

menor, debiendo establecer con precisión la colaboración que requiera de las autoridades centrales de ambos países o bien la comunicación entre judiciales, con el fin de que lo decidido por la autoridad judicial en este país sea efectiva en el otro. En el caso que dé lugar a la restitución internacional, no debe nunca dejar de forma abierta los mecanismos para lograr materializar el retorno, deberá de solicitar coordinaciones con las autoridades consulares si es el caso, podrá aun establecer el día y la hora en que debe de ser entregada la persona sustraída.

Las comunicaciones que solicite la autoridad judicial que conozca de una causa de restitución internacional debe de darse solamente entre autoridades competentes y nunca deberá de delegarse la obligación que se tiene de ejecutar la decisión que haya tomado en terceras personas; de igual manera, no se debe delegar a otros funcionarios para que ejecuten sentencias, cuando la ley no les faculta para ello, ni al judicial que conoce para delegar ni al supuestamente delegado para ejecutar las decisiones de otro judicial.

En segunda instancia, se procede una vez interpuesta en audiencia de lectura de sentencia el recurso de apelación, y en la misma audiencia la autoridad judicial admite la apelación y da el termino de cinco días a las partes para que presenten los escritos mejorando sus interés y en ese mismo término remite el expediente al Tribunal de Apelaciones respectivo., en este se recepcionan los escritos de ambas partes y radicado el expediente de cita a una única audiencia, para posteriormente dictar la sentencia que corresponda.

Según lo establecido en los artículos 443 y 553 del Cf; la interposición de los recursos de Apelación no suspende la ejecución provisional de primera instancia, al igual que el haber promovido el recurso de Casación en II instancia, siempre que la ejecución de la medida o sentencia tengan relación con los derechos personales de la persona a proteger; es decir relacionado con las acciones custodia, cuido, crianza, relaciones familiares, alimentos etc. La motivación que debe sustentar la ejecución provisional, de la decisión deberá de ser el tiempo, es decir que el proceso en cuanto a su duración,

pueda ocasionar grave daño a la persona que se encuentre vulnerable, en este caso al niño, niña o adolescente.

RESULTADOS Y APORTES.

La aplicación del convenio de la Haya de 1980, establece en su estructura, conceptos jurídicos para efectos de la diligencia específica del convenio, entre ellos tenemos, custodia, residencia habitual, derecho de visita. La finalidad de éste es lograr el retorno seguro del niño, niña y adolescente al lugar de residencia habitual. El convenio no usa indistintamente la figura del domicilio y residencia como lo establece Nicaragua, sino que utiliza la figura de residencia habitual para efectos de establecer la competencia para que el Estado requirente haga la solicitud de restitución internacional al Estado de refugio.

El convenio de la Haya de 1980, establece en su estructura la finalidad del mismo, la competencia, el plazo sugerido para dar respuesta a las solicitudes de restitución internacional de menores de edad que hayan sido sustraídos del lugar de residencia habitual o bien que estén siendo retenidos ilícitamente, establece cuatro excepciones para que en salvaguarda del interés del niño o niña involucrados en un caso no de la restitución internacional. Es un convenio caracterizado por ser de cooperación y coordinación internacional. Sugiere un tipo de interpretación restrictiva cuando exista oposición y aleguen las excepciones establecidas en el mismo.

La valoración de las pruebas que fundamenten la excepción de grave riesgo, dificulta el cumplimiento del artículo 16 del Convenio de La Haya de 1980, que establece que la autoridad judicial que conozca de un caso de restitución internacional de menores, no debe pronunciarse respecto a la custodia porque no es competente, sino solo decidir si cabe o no dar lugar a la restitución. Sin embargo, resulta muy difícil no profundizar en la idoneidad de los progenitores, a fin de resguardar el interés superior del niño, niña o adolescente en el lugar de residencia habitual, cuando es alegado

mediante la oposición de las excepciones de grave riesgo. La que es motivada con la existencia de violencia intrafamiliar.

La violencia intra familiar relacionada en los casos de sustracción internacional es una tendencia mundial al respecto y la jurisprudencia Europa, Estados Unidos y Argentina, relacionada en el contenido del trabajo sigue dos caminos, la de observar que la violencia contra la madre es también violencia contra el niño o niña sustraído y los jueces y tribunales que han dicho, que no, y una tercera orientación es la de observar si la violencia es controlable para garantizar la integridad de la madre o padre que haya sido violentado en el lugar de residencia habitual.

La escucha del niño o niña como una de las excepciones establecidas en el convenio de la Haya de 1980, debe de ser valorada de acuerdo al grado de madurez y edad del menor, según lo señala el informe Pèrez Vera. Debiendo analizar la interpretación que haga el niño o niña de su propio interés, según lo sostiene jueces de enlaces de Argentina y España. Es mi criterio que el parámetro de valoración que debe de observarse en la escucha de los menores es además del interno, el reconocimiento de la dignidad de la persona del niño y el aceptar su autonomía progresiva en ésa decisión.

La finalidad del Convenio de la Haya de 1980 es lograr el retorno inmediato del menor de edad sustraído, en el menor tiempo posible, debiendo de cumplir con el plazo de seis semanas que establece el convenio en el artículo 11.2., en la práctica no se logra cumplir con el tiempo sugerido si el caso se judicializa, por la complejidad del asunto una vez que exista oposición de la persona que sustrajo mediante la aplicación de las excepciones que establece el convenio para el no retorno, el promedio en Nicaragua es de 8 meses debido a la necesidad de las coordinaciones judiciales directas necesarias para el conocimiento del régimen jurídico y tendencia jurisprudenciales del país solicitante.

En Nicaragua toda acción que involucre un problema familiar debe de interpretarse conforme lo establece el artículo 7 del Cf., tienen que valorarse las pruebas mediante la interpretación sistemática considerando todos los principios del proceso de familia, entre ellos el interés superior del niño, autonomía progresiva, entre otros, así como los instrumentos internacionales relacionados e invocados por las partes para motivar sus argumentaciones y el derecho interno código de la niñez y la adolescencia. De tal manera que siempre habrá que tomar en consideración la Convención sobre los Derechos del Niño, la CEDAW y la Belén Do Pará, si la motivación para el no retorno es violencia, deberá de tomarse en consideración los lineamientos que ha establecido la Haya para las comunicaciones judiciales directas y hacer las observaciones pertinentes para lograr la efectividad del convenio.

Nicaragua no regula de forma adecuada la sustracción internacional de niño, niña y adolescente en el Código de familia, por lo que existe la necesidad de reformar el artículo 20 del código a fin de que el elemento de la nacionalidad no sea un indicador de mala interpretación a las finalidades y objetivos del convenio de La Haya de 1980, ya que se protege el asegurar el regreso al estatus quo del niño o niña sustraído al lugar de residencia habitual, no así la nacionalidad.

Para efectos de que el procedimiento que se le de a la restitución internacional sea acogido mediante la especialidad requerida y aplicando todos los principios rectores contenido en la convención internacional sobre los derechos del niño, es necesario estudiar la necesidad de acoger la tendencia europea de eliminar el exequátur como tratamiento procesal para ejecutar una sentencia de custodia, porque hacerlo mediante el tratamiento actual, vulneraría todos los derechos fundamentales del niño o niña involucrado en estos tipos de acciones, ya que se entiende que solo la niñez y adolescencia nicaragüense gozaría de ésta protección.

Nicaragua cuenta con un protocolo que regula la aplicación de las normas internacionales en materia de sustracción y restitución internacional de niñas, niños y adolescentes; dicho documento, hasta el momento ha dado excelentes resultados en

nuestro país, caracterizándose a nivel mundial como el único país que en su momento logró unir en un sólo documento ambos procedimientos tanto el administrativo como la orientación a seguir para el trámite judicial., sin embargo, no es una norma jurídica en su sentido formal y consecuentemente, no es parte del ordenamiento jurídico positivo, por lo que se requeriría reformar lo pertinente en el proceso común de familia reformar las particularidades de éste tipo de acciones..

Referencias bibliográficas

Asamblea General. (1989). Convenio sobre los Derechos del Niño. *Resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989.*

Asamblea Nacional. (1998). Ley No. 287. Código de la Niñez y la Adolescencia. *Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 97. Del 27 de Mayo de 1998.* Nicaragua.

Asamblea Nacional. (2014). Constitución Política de la Republica de Nicaragua con sus reformas Incorporadas. *Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 32, del 18 de Febrero de 2014.* Nicaragua.

Asamblea Nacional. (2011). Ley No. 761. Ley de Migración y Extranjería de Nicaragua. *Publicado en Gaceta Diario Oficial No. 125 y 126, del 6 y 7 de Julio de 2011.*

Asamblea Nacional. (2012). Decreto No. 31-2012 de la Ley No. 761. Ley de Migración y Extranjería de Nicaragua. *Publicado en Gaceta Diario Oficial No. 184, 185 y 186, del 27 y 28 de Septiembre y 01 de Octubre de 2012.*

Asamblea Nacional. (2014). Ley No. 870. Código de Familia. *Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 190 del 8 de Octubre del 2014.* Nicaragua.

Cardona J. (2013). El interés superior del niño, principio y fin del sistema de protección infantil. Miembro del Comité de derechos del niño de la ONU. Conferencia. Recuperado de www.youtube.com

- Cervera O. (2011). Capítulo IV. Los menores como titulares de la acción. En Tenorio & Tagle. *Restitución Internacional de la niñez*; México: Editorial Porrúa.
- CONF/ ASAM (1989). Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Reunión: cuarta conferencia. Del 15 de Julio de 1989. Uruguay.
- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Estadísticas del Convenio de La Haya sobre sustracción. Reunión de Jueces de La Haya y Autoridades Centrales. México. 2011. Presentación María Mayela Celis Aguilar.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recuperado www.oea.com
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer. Recuperado www.legislacion.asamblea.gob.ni
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer. Recuperado www.legislacion.asamblea.gob.ni
- Corte Suprema de Justicia. (2015) Protocolo de actuaciones para la aplicación de las normas internacionales en materia de sustracción y restitución internacional de niños, niñas y adolescentes en el ámbito del Derecho de Familia. Nicaragua.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de Agosto del 2002.
- Dávila Fernández, A. (2015). Restitución Internacional infantil, un pendiente legislativo. Tlaxcala. Recuperado de www.e-tlaxcala.mx/articulo/2015-04-07.
- De la Rosa, José. *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*. Tirant lo Blanch, 2010, p. 15.
- Dreyzin de Klor, A. (2013). *Restitución Internacional de Niñas y Niños. Derecho de visitas*. San José C.R: Ed. Jurídica Continental.
- Duran, J. & Shiavon, J. (2010). Perspectivas Migratorias. *Un análisis interdisciplinario de la migración internacional*. CIDE.

- Estrada, M. (2011). Derechos vulnerados en situaciones de Sustracción Internacional. Curso de Sustracción Internacional OEA. Lugar pendiente.
- Flujograma de Procedimiento Administrativo. Ministerio de Familia, Adolescencia y Niñez. Dirección General de Restitución de Derechos. Haelth Ruiz. 2015.
- García Cano, S. (2002). La cooperación internacional entre autoridades en el marco de la protección del menor en derecho internacional privado Español. Tesis para obtener el grado de Doctor. Universidad de Córdoba. Recuperado en <http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/405/13208299>.
- Goicoechea, I. (2005). Derecho de Familia. Aspectos prácticos, de la sustracción internacional de menores”. *Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Número. 30. Buenos Aires. Argentina.
- Goicoechea, I. (2014), Restitución Internacional de Menores. I Congreso Centroamericano de Derecho de Familia. Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Costa Rica. INDACAT. Hague Conference. <http://www.indacat.com/index.cfm>
- Goicoechea, I. (2015). Conceptos claves del convenio de 1980. Argentina. Hague Conference. <http://vimeo.com>
- González Vicente P. (2007). La Sustracción Internacional de Menores y su Nueva Legislación. *Revista Jurídica de Castilla y León*. 11, (pp.67-124). Recuperado <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1184774>
- HCCH. (1980). Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; publicada el 25 de Octubre de 1980.
- Jiménez Blanco, P. (2008). *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*. Universidad de Oviedo. España.
- La Haya. (2012). Oficina Permanente de la conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya. Lineamientos emergentes, relativos al desarrollo de la red internacional de jueces de La Haya y de principios generales sobre comunicaciones judiciales, que

comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las comunicaciones judiciales directas en casos específicos, en el contexto de la red internacional de Jueces de La Haya. Julio 2012.

López Jurado M. (2005). Derechos Humanos Familia y educación. *Estudios sobre Educación*. 8 Issn 1578-7001, (pp. 145-163). Recuperado en <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/8882/1/Nc.pdf>

Lucero, M. & Echegary, C. (2011). La restitución internacional de la Niñez enfoque iberoamericano doctrinario y jurisprudencial. El derecho de custodia (Artículo 5 CH de 1980). (pp.103-116). México. Ed. Porrúa.

López Hurtado, C. (2010). Anotaciones sobre Derecho de Familia y su Relación con el Derecho de la Niñez y la Adolescencia. En Derecho de Familia Centroamericano: Costa Rica. Editorial Jurídica Continental.

Marín Vizuela, S. (2015). Sustracción Internacional de menores: Interpretación del Derecho de Custodia en el Sistema Jurídico Español. *En relación con el convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980*. Tesis final de Grado 2014/15. España.

Márquez Herrera, G (2011). Restitución Internacional de Menores. Universidad Libre de Pereira. Recuperado de <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/us/>

Martrangelo, F. (2015). Jornada Nacional – Restitución Internacional de menores 22/05/2015. Abogado especializado en Restitución Internacional de menores “Jurisprudencia de la CSJN”. Hague Conference <http://vimeo.com>

Mercado, D. (2013). Sustracción y Restitución Internacional de Menores. *Buenos Aires: Duken*, ISBN 978-987-02-6629-7 (pp. 168).

Pérez-Vera, E, Informe Explicativo del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Recuperado de: www.hcch.net, sección: Sustracción de niños, documentos explicativos y luego en Informe Explicativo.

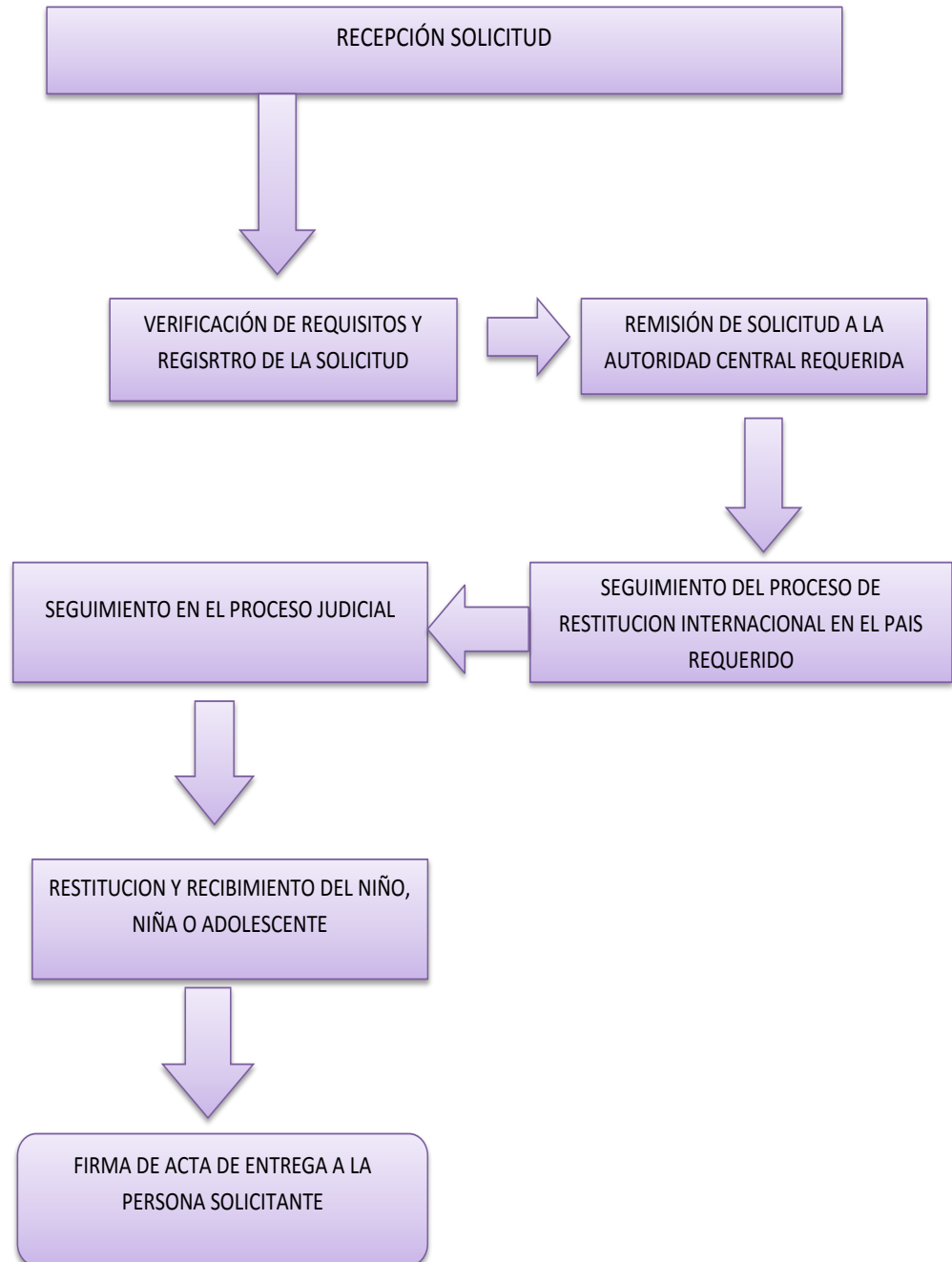
- Pino, A & Quiroz, E (2015). Análisis doctrinario y jurisprudencial del convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Tesis para obtener el grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile, Santiago Chile.
- Quani, F. (2006). Restitución internacional de menores. Ediciones Lexaustralis, Argentina.
- Reig Fabado, I. (2015). El Retorno del Menor en la Sustracción Internacional de Menores. *Revista Boliviana de Derecho*, Julio 2015, ISSN: 2070-8157 (No 20) (Pp. 242-263). Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539916010>
- Romero Y. (2007). Interpretación etnográfica y social sobre la sustracción interparental de menores. Enfoque desde la antropología jurídica. *Universidad Humanística* No. 64. (Pp.113-138.). Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=79106406>
- Scotti, L. La protección de los Derechos Humanos en la Restitución Internacional de los niños. *Revista de Derecho Privado Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales UCES*, Año II No.2, 2347-0151(PP. 149-150, 161-162).
- Tagle G. (2011). Capítulo XI. Excepciones en el convenio de la Haya y la convención interamericana de Montevideo. En Tenorio & Tagle. *Restitución Internacional de la niñez*; México: Editorial Porrúa. (pp. 219-236).
- Tagle G, Forcada F & Seoane M. (2010). La restitución internacional de Niños. Enfoque doctrinario y jurisprudencial en Argentina y España. Ed. Nuevo Enfoque Juridico. Argentina.
- Tenorio, L. (2011). La restitución internacional de la Niñez enfoque iberoamericano doctrinario y jurisprudencial. *Las comunicaciones judiciales en la Restitución internacional de la niñez*. (pp.313- 348). Ed. Porrúa. México.
- Uriondo, A. y Cruz, L. (2011). La restitución internacional de la Niñez enfoque iberoamericano doctrinario y jurisprudencial. *Residencia habitual del niño o su centro de vida*. (Pp.139-156), México. Ed. Porrúa.

(2012). V Congreso Mundial por los Derecho de la Infancia y la Adolescencia. San Juan.
Recuperado Vcongresoinfancia.sanjuan.gov.ar. Argentina.

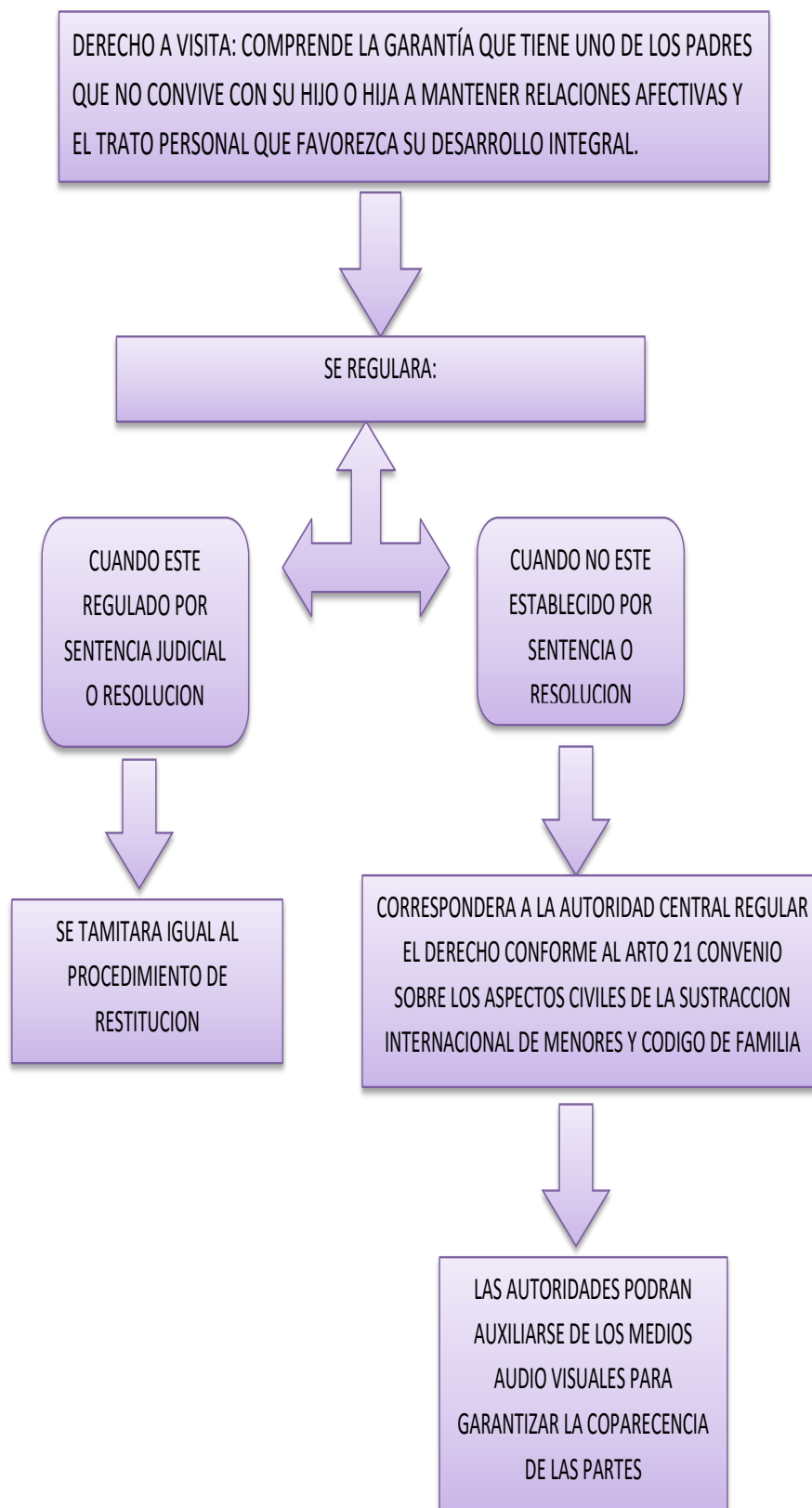
www.diccionariojuridico.com

ANEXOS

Flujograma de procedimiento de Restitución Internacional
Vía administrativa como Autoridad Central Requirente



Flujograma de procedimiento de Derecho a visita



PROCEDIMIENTO JUDICIAL

ESTADO REQUERIDO



EXCEPCIONES QUE PUEDEN OPONER

Artos. 13 y 20 Sustracción y 52 Protocolo

Grave Riesgo en la
Integridad, física,
sicológica y
situación
intolerable para el
NNA.

No
efectividad
del ejercicio
de la custodia
o haya
consentido.

OPOSICION
DEL NNA.
Valorable de
acuerdo a la
edad y grado
de madurez.

No lo permitan
los Principios
Fundamentales
del Estado
Requerido

PROCEDIMIENTO JUDICIAL II INSTANCIA arto. 544 Cf.



Procedimiento Estado Requerido III Instancia Arto. 549 Cf.

